Form und Wirkung der Einstellungen im Strafprozeß.

ABHANDLUNG
zur
Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

HORST VERSEN
Gerichtsreferendar
in Duisburg.

19 37

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Angenommen auf Bericht
des Professors Dr. Graf zu Dohna.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALT

Begriff der Einstellung 1

I. Die allgemeinen Einstellungsmöglichkeiten 2

A. Die unbestrittenen Fälle vor Eröffnung des Hauptverfahrens 2

1. § 170 2

2. § 204 4

B. Die bestrittenen Fälle nach Eröffnung des Hauptverfahrens 15

1. Einstellungen in der Hauptverhandlung gemäß § 260 . . 19

a) § 260 Absatz 3 19

b) § 260 als allgemeine Einstellungsgrundlage . . . 26

I. Keine Einstellungsmöglichkeit aus sachlichen Gründen 26

II. Einstellungen beim Fehlen von Sachurteilsvoraussetzungen 27

III. Die Fälle der Unzulässigkeit des Verfahrens . . 28

aa) Form der Entscheidung 29

bb) Einzelfälle der Unzulässigkeit 33

cc) Erlaß und Wirkung der Entscheidung . . . 38

IV. Die Fälle der Fehlerhaftigkeit des Verfahrens . . 40

V. Niederschlagung des Verfahrens und Tod des Angeklagten 42

2. Einstellungen außerhalb der Hauptverhandlung nach allgemeinen Grundsätzen 47

II. Die besonders geregelten Fälle der Verfahrenseinstellung . . 56

1. §§ 153 bis 154 b 56

2. § 205 65

3. § 389 69

4. § 391 73

5. § 393 75

Besondere Kostenfolgen nach Einstellungen: §§ 470, 471 Abs. 3 76

Schlußbemerkung 80

SCHRIFTEN-VERZEICHNIS.

Lehrbücher:

Beling: Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928.
Bennecke-Beling: Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1900.
Binding: Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885.
Binding Grundriß: Binding, Grundriß des Strafprozeßrechts, 1886.
Birkmeyer: Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898.
Graf zu Dohna: Graf zu Dohna, Das Strafprozeßrecht, dritte, neubearbeitete Auflage, Berlin 1929.
Gerland: Gerland, Der Deutsche Strafprozeß, eine systematische Darstellung, Bensheimer 1927.
Glaser: Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Band 1 und 2, Leipzig 1883/85.
v. Kries: v. Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1892.
Rintelen: Rintelen, Der Strafprozeß, systematisch bearbeitet, 1891.
Rosenfeld: Rosenfeld, der Reichsstrafprozeß, 4. und 5. Auflage, Berlin 1912.
Rosenfeld 1926: Rosenfeld, Deutsches Strafprozeßrecht, Sammlung Göschen, 1926, Band 1 und 2.
Ullmann: Ullmann, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1893.

Kommentare:

Dalcke: Dalcke, Strafrecht und Strafprozeß, 20. Auflage, 1927.
Dörr: Dörr, Strafprozeßordnung, 13. Auflage 1931.
Feisenberger: Feisenberger, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1926.
Isenbarth-Sammter: Isenbarth und Sammter, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz, Berlin 1893.
John: John, Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1884, 3 Bände.
Keller: Keller, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Lahr 1882, 2. Auflage.
Kiesow: Kiesow, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Auflage, 1925.
Kohlrausch: Kohlrausch, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 24. Auflage, 1936.
Mamroth: Mamroth, Die Strafprozeßordnung, 1900.
Puchelt: Puchelt, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Leipzig 1881.
Rosenberg: Rosenberg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, vom 22. März 1924, 18. neubearbeitete Auflage, Berlin und Leipzig 1929.
Rosenberg 1933: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 19. völlig umgearbeitete Auflage.
Rosenberg Ergänzung: Ergänzungsband zur 19. Auflage, enthaltend das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. Juni 1935, Berlin 1936.
Schäfer-Hartung: Schäfer-Hartung, Strafrecht und Strafprozeß, Teil II, 1924.
v. Schwarze: v. Schwarze, Kommentar zur Deutschen Strafprozeßordnung, Leipzig 1878.
Stenglein: Stenglein, Kommentar zur Strafprozeßordnung, dritte, neubearbeitete Auflage, München 1898.

Einzelschriften:

Ferdinand: Ferdinand, das Rechtsmittel der Beschwerde, in Freiburger Abhandlungen aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts, Heft 15, 1908.
Fräb: Fräb, Beitrag zur Lehre vom Parteibegriff, Marburger Dissertation 1905.
Friedenreich: Friedenreich, die Lehre von den Kosten, in Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Bennecke, Heft 35.
Goldschmidt: Goldschmidt, der Prozeß als Rechtslage, 1925.
HH: Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafprozeßrechts.
Lilienthal: Lilienthal, Strafprozeßrecht, in Kohlrausch-Kaskels Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Berlin 1923.
Lucas: Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis, 1. Teil, das formelle Strafrecht, 4. Auflage 1913.
Oetker: Oetker, Strafprozeßbegründung und Strafklageerhebung, Festgabe für Dernburg der Fakultät Würzburg 1900.
Oetker im 3. Band von Glasers Handbuch des Strafprozesses: Oetker, Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten, 1907.
Olshausen: Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 11. Auflage, Berlin 1927.
Sauer: Sauer, die Grundlagen des Prozeßrechts, Stuttgart 1919.
v. Schwarze Erörterungen: v. Schwarze, Erörterungen praktisch wichtiger Materien aus dem Deutschen Strafprozeßrechte, Leipzig, 1880, 1881.
Voitus: Voitus, Kontroversen betreffend die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 1881.
— Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1927.

Zeitschriften:

BayZ: Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, herausgegeben von Th. v. d. Pfordten, seit 1924 ObLGRat Schiedermaier.
DJZ: Deutsche Juristen-Zeitung.
DRichtZ: Deutsche Richterzeitung.
DStRZ: Deutsche Strafrechtszeitung.
GerS: Der Gerichtssaal.
GA: Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.
GrünhutsZ: Grünhuts Zeitschrift.
JRdsch : Juristische Rundschau.
JW: Juristische Wochenschrift.
LZ: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
PrJMinBl : Preußisches Justizministerialblatt.
Recht: Das Recht.
SeuffBl : Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
ZStRW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(Die Zeitschriften sind nach Jahrgängen und Seitenzahlen angegeben.)

Entwürfe:

Materialien: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, herausgegeben von C. Hahn, 3. Band, Materialien zur Strafprozeßordnung, 2. Auflage Berlin 1884.
Entwurf 1908: Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung, Amtliche Ausgabe Berlin 1908.
Entwurf 1920: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung, Berlin 1920.
Entwurf Reichstagsverhandlungen Band 270: Entwurf in Reichstagsverhandlungen Band 270.
Protokolle: Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, herausgegeben vom Reichs-Justizamte, 2. Band, Berlin 1905.

Entscheidungssammlungen:

RGS: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGR: Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
HRR: Höchstrichterliche Rechtsprechung, Beilage zur Juristischen Rundschau.
OLGSamml.: Die strafprozessualen Entscheidungen der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Alsberg, angegeben nach Bänden und Nummern.
BayObLGSt: Sammlung von Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen.
OLGMünchenSt: Sammlung von Entscheidungen des Kgl. Oberlandesgerichts München in Strafsachen.
SächsOLG: Annalen des Oberlandesgerichts Dresden.
SächsArch: Sächsisches Archiv für Rechtspflege, herausgegeben von Degen usw.

Begriff der Einstellung.

Eine Einstellung ist dem Wortsinne nach ein vorzeitiger Abschluß, ein Abbruch eines Unternehmens. Ihre Begründung liegt im allgemeinen darin, daß sich die Zwecklosigkeit der Fortführung eines unter anderen Voraussetzungen begonnenen Unternehmens oder die Unerreichbarkeit des gesteckten Zieles herausgestellt hat.

Gleiche Bedeutung haben die Einstellungen im Strafprozeß. Die Strafprozeßordnung gewährt in verschiedenen Verfahrenslagen die Möglichkeit zum Abbruch des Verfahrens, und sie gebraucht meist dafür den Ausdruck „Einstellung des Verfahrens". Nach § 170 Abs. 2 kann die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen durch Einstellung beenden; das Gericht kann im Falle des § 153 die Einstellung beschließen; die §§ 391 Abs. 2, 393 nennen Fälle, in denen eine Einstellung erfolgt; aus verschiedenen Anlässen hat eine vorläufige Einstellung zu erfolgen, §§ 154, 154 a, 205, 282; auch das Urteil in einer Hauptverhandlung kann auf Einstellung lauten, §§ 260, 389. — Die vorläufige Einstellung ist im Gegensatz zur Aussetzung ein Abbruch. Denn bei der vorläufigen Einstellung ist die Fortsetzung des Verfahrens ungewiß und abhängig von dem Eintritt eines Ereignisses, das den Grund für die vorläufige Einstellung aufhebt. Irgendwelche Handlungen werden von Seiten des Gerichts bis zu diesem Zeitpunkt nicht vorgenommen, das Verfahren ist vollständig stillgelegt. Bei der Aussetzung dagegen ist die Fortsetzung gewiß und an eine Frist gebunden. — Die Urteile auf Einstellung des Verfahrens enthalten in sich keinen Widerspruch. Zwar können sie als Abschluß eines vollständig durchgeführten Verfahrens ergehen. Sie enthalten aber dennoch einen Abbruch. Das ergibt sich aus dem Wesen des Strafprozesses. Er dient der Durchsetzung des Strafanspruches, der durch die Begehung einer strafbaren Handlung entstanden ist. Der Zweck des Strafprozesses ist demnach die Bestrafung, sein Ziel die Verurteilung, der als Wechselbegriff die Freisprechung gegenübersteht. Deshalb ist jede andere Beendigung als durch Verurteilung oder Freisprechung ein Abbruch, weil das Ziel, das mit der Einleitung des Verfahrens bezweckt war, nicht erreicht ist. Wenn daher zu dem Zeitpunkt, zu dem die Verurteilung erfolgen sollte, also nach durchgeführter Hauptverhandlung, das Verfahren eingestellt wird, so liegt hierin ein Abbruch. Denn die Einstellung ist erfolgt, weil sich der Durchsetzung des Verfahrenszweckes ein Hindernis entgegenstellte. — Da jeder Abbruch eines Verfahrens eine Einstellung ist, braucht er im Gesetz nicht ausdrücklich als „Einstellung des Verfahrens" bezeichnet zu werden. Die Vorschriften der §§ 204, 383 enthalten daher auch Einstellun-

gen; denn sie gestatten eine Beendigung des Verfahrens ohne ordnungsmäßige Durchführung einer Hauptverhandlung. In den Motiven zur Strafprozeßordnung wird der Beschluß gemäß § 204 als „Einstellungsbeschluß" bezeichnet[1]).

Im Gesetz können zwei Hauptgruppen von Einstellungen unterschieden werden. Zu der einen gehören unstreitig die Fälle der §§ 170, 204 und 383. Diese Vorschriften geben für bestimmte Verfahrenslagen eine allgemeine Möglichkeit zum Abbruch, wenn sich die Zwecklosigkeit oder Undurchführbarkeit des Verfahrens herausstellt. Zwecklos ist die Fortsetzung des Verfahrens, wenn keine Verurteilung des Angeschuldigten erfolgen kann; undurchführbar ist es, wenn ein rechtliches Hindernis der Fortsetzung entgegensteht. Sehr bestritten ist dagegen die Frage, ob hierher auch § 260 zu rechnen ist. — Zu der anderen Gruppe sind alle übrigen Bestimmungen zu zählen. In ihnen wird nicht allgemein für bestimmte Verfahrenslagen, sondern in Einzelfällen unter besonderen Voraussetzungen die Einstellung des Verfahrens angeordnet. Ihre Anwendbarkeit kann sich über das ganze Verfahren erstrecken, wie zum Beispiel in den Fällen der §§ 153 ff., 205, oder sie kann auf einen Verfahrensabschnitt beschränkt sein, zum Beispiel § 260.

Die gesetzliche Regelung des Gebietes der Einstellungen ist nur mangelhaft erfolgt. Es sind daher zahlreiche Streitfragen entstanden. Sie betreffen nicht nur die Anwendung und die Wirksamkeit der im Gesetz genannten Fälle; insbesondere wird auch die Möglichkeit eines Abbruches untersucht, der nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist, also die Frage geprüft, ob das Gebiet der Einstellungen vom Gesetz abschließend behandelt worden ist oder nicht. Denn es hat sich als notwendig erwiesen, weitere Abbruchsmöglichkeiten zu schaffen. So bestehen auf dem ganzen Gebiet der Einstellungen Meinungsverschiedenheiten mannigfacher Art.

I. DIE ALLGEMEINEN EINSTELLUNGSMÖGLICHKEITEN.

A. Die unbestrittenen Fälle vor Eröffnung des Hauptverfahrens.

1. § 170.

Die Bestimmung des § 170 Abs. 2 gibt der Staatsanwaltschaft eine allgemeine Möglichkeit zum Abbruch des Ermittlungsverfahrens. Einzelgründe, aus denen eine Einstellung erfolgen soll, sind nicht genannt; vielmehr soll die Staatsanwaltschaft stets dann Einstellung des Verfahrens verfügen, wenn die angestellten Ermitt-

1) Materialien Seite 171.

lungen keinen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage bieten. Deshalb muß zunächst festgestellt werden, wann ein Anlaß zur Klageerhebung vorhanden ist. Diese Fragestellung führt zu klareren Ergebnissen als der Versuch, Einzelfälle aufzuzählen, der wegen ihrer Vielzahl die Gefahr der Lückenhaftigkeit in sich trägt. Eine Klageerhebung aber ist dann geboten, wenn Aussicht besteht, daß das gerichtliche Verfahren zu einer Verurteilung des Angeschuldigten führt. Denn die Bestrafung eines Verbrechers ist der Zweck des Strafverfahrens, und nur zu diesem Zwecke soll es eingeleitet werden. Die Staatsanwaltschaft hat das Verfahren also einzustellen, wenn die Ermittlungen ergeben haben, daß die Eröffnung eines Hauptverfahrens zwecklos ist, weil es nicht zu einer Verurteilung führen wird. (Außerdem nennen die §§ 153 bis 154 b besondere Einstellungsgründe, die die Staatsanwaltschaft vom Verfolgungszwang befreien. Diese Vorschriften werden jedoch in einem besonderen Abschnitt behandelt, da sie eine Anzahl eigener Streitfragen enthalten.) Von dieser allgemeinen Feststellung ausgehend, können besonders wichtige Einzelfälle genannt werden; hier ist Feisenberger zuzustimmen, der eine Einstellung insbesondere für geboten hält „a) wenn keine strafbare Handlung vorliegt; b) wenn der Täter nicht zu ermitteln ist; c) wenn ein Beschuldigter nicht oder nicht hinreichend tat- oder schuldverdächtig ist, dann aber nur gegenüber diesem Beschuldigten; d) wenn eine Klagevoraussetzung fehlt“ [2]).

Die Staatsanwaltschaft hat den Umfang ihrer Ermittlungen und den „Augenblick, in dem ihre weitere Verfolgung als aussichtslos aufzugeben ist“ [3]), nach ihrem eigenen pflichtmäßigen Ermessen zu bestimmen. Bei den Ermittlungen ist nicht nur die tatsächliche, sondern auch die rechtliche Seite des Tatbestandes zu prüfen. Rechtliche Zweifelsfragen zu beantworten ist die Staatsanwaltschaft aber nicht berufen. Denn eine solche Entscheidungstätigkeit steht dem unabhängigen Gericht zu, während die Staatsanwaltschaft als ‚politische‘ Behörde nur zur Verfolgung von Straftaten berufen ist. Für die Staatsanwaltschaft gilt daher auch nicht der Grundsatz ‚in dubio pro reo‘; Mamroths Meinung, der ihn anwenden will, weil „auch Freisprechung in öffentlicher Hauptverhandlung unter Umständen ein schweres Übel für den Angeklagten sein kann“ [4]), ist abzulehnen. Vielmehr besteht bei Zweifelsfragen stets die Pflicht zur Klageerhebung.

Die Staatsanwaltschaft kann das Verfahren nur dann einstellen, so lange die Ermittlungen nicht bereits durch Klageerhebung abgeschlossen sind. „Hat eine Voruntersuchung stattgefunden, so bedarf es in allen Fällen einer richterlichen Entscheidung über das Ergebnis derselben“ [5]). „Läßt sich nach der Auffassung des Staats-

2) Feisenberger § 170 Note 4.
3) Graf zu Dohna Seite 139 f.
4) Mamroth § 168 Note 1.
5) Materialien Seite 164.

anwalts der Schuldverdacht nicht länger aufrecht erhalten, so gibt er dieser Überzeugung dadurch Ausdruck, daß er beantragt, den Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen (P 208 Abs. 1)“ [6]).

Die Einstellung geschieht durch einfachen Aktenvermerk. Sie ist dem Beschuldigten mitzuteilen, „wenn er als solcher vom Richter vernommen oder ein Haftbefehl gegen ihn erlassen war“, § 170 Abs. 2. Eine Mitteilung von Gründen ist aber nicht erforderlich [7]). Auch der Antragsteller muß benachrichtigt werden. Diesem sind die Gründe anzugeben, § 171. Diese Bestimmung ist getroffen, weil der Antragsteller die Möglichkeit der Beschwerde und des Antrags auf gerichtliche Entscheidung hat, wenn er zugleich der Verletzte ist, § 172.

Die staatsanwaltschaftliche Einstellung hat keine Rechtskraftwirkung. Die Verfolgung kann jederzeit wieder aufgenommen werden [8]). Jedoch ist die Einstellung in ihrer tatsächlichen Wirkung „eine nach Umfang und Tragweite verschiedene Maßregel, je nachdem die Verfolgung überhaupt oder (wegen Mangels an Beweisen für die Täterschaft) nur gegenüber einem bestimmten Beschuldigten abgeschlossen wird“ [9]). Aus Zweckmäßigkeitsgründen kann daher bei vorübergehenden Hindernissen der Verfolgung, wie etwa der Flucht des Verdächtigen, die einstweilige Einstellung erfolgen [10]).

2. § 204.

Das zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens berufene Gericht kann nach § 204 das Verfahren einstellen. Diese Vorschrift nennt ebenso wie § 170 Abs. 2 keine Einzelgründe; auch hier soll Abbruch erfolgen, wenn kein Anlaß zur Fortsetzung des Verfahrens vorhanden ist, und der Anlaß fehlt wie im Ermittlungsverfahren, wenn keine Aussicht auf Verurteilung besteht. Die Auffassung der Motive, die den Einstellungsbeschluß als „eine dem freisprechenden Urteil analoge Entscheidung“ bezeichnen, die „aus allen den Gründen erlassen werden kann und muß, aus denen in der Hauptverhandlung eine Freisprechung des Angeklagten erfolgt“ [11]), umfaßt nicht sämtliche Fälle, sondern nur die Einstellungen wegen fehlenden hinreichenden Verdachts, vgl. § 203. Es muß aber zum Beispiel bei einem Antragsverbrechen trotz hinreichenden Verdachts das Verfahren eingestellt werden, wenn der Antrag fehlt. In diesem Falle erfolgt jedoch in der Hauptverhandlung keine Freisprechung, sondern es ergeht ein Einstellungsurteil, vgl. § 260

6) Graf zu Dohna Seite 150.
7) Rosenberg § 170 Note 10, Dörr zu § 170 Abs. 2.
8) Graf zu Dohna Seite 139, Rosenberg § 170 Note 9, Dörr zu § 170 Abs. 2.
9) Rosenberg § 170 Note 8.
10) Graf zu Dohna Seite 139.
11) Materialien Seite 171.

Abs. 3. Es können also noch andere Gründe als der mangelnde Verdacht die Fortsetzung des Verfahrens hindern. Deshalb sieht Goldschmidt den Einstellungsgrund in der Unzulässigkeit der Anklage [12]). Das ist aber nach der anderen Seite zu eng. Denn da der hinreichende Verdacht eine tatsächliche Frage ist, über die Staatsanwaltschaft und beschließendes Gericht verschiedener Ansicht sein können, ist die Anklage nicht unzulässig gewesen, wenn das beschließende Gericht nur wegen mangelnden hinreichenden Verdachts das Verfahren eingestellt hat. Beling kommt daher zur Unterscheidung zwischen „formeller" und „materieller" Einstellung. Eine formelle Einstellung liegt dann vor, wenn wegen Fehlens einer Strafklagerechtsvoraussetzung oder einer Prozeßvoraussetzung die Einstellung geboten ist, während die materielle Einstellung eine freisprechungsartige Beendigung des Verfahrens ist und mangels hinreichenden Verdachts erfolgt [13]). Dieselbe Erwägung liegt der Bestimmung des § 209 des Entwurfs von 1920 zugrunde, die die Einstellung des Verfahrens anordnet, „wenn die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat nicht gerichtlich strafbar oder verfolgbar ist".

Bei der Beurteilung der sachlichen Gründe hat das beschließende Gericht einen anderen Maßstab anzulegen als das erkennende. Das erkennende Gericht muß schon dann freisprechen, wenn ihm der Beweis der Schuld des Angeklagten nicht genügend erbracht zu sein scheint; das beschließende Gericht darf dagegen nur dann einen Einstellungsbeschluß fassen, „wenn die vorliegenden Beweise nicht genügen, um die Wahrscheinlichkeit der Schuld des Angeklagten darzutun" [14]). — Wenn das Gericht die Straftat rechtlich anders wertet als die Staatsanwaltschaft, so darf es nicht unter dem einen Gesichtspunkt das Hauptverfahren eröffnen und unter dem anderen einstellen. Denn der Eröffnungsbeschluß soll einen bestimmten geschichtlichen Vorgang zur Aburteilung bringen, während die rechtliche Auffassung der Staatsanwaltschaft und des Beschlußgerichts für die Urteilsfindung unmaßgeblich ist, vgl. § 264. Wenn trotzdem über dieselbe Straftat unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten ein Eröffnungsbeschluß und ein Einstellungsbeschluß ergehen, so ist der Einstellungsbeschluß ohne rechtliche Wirkung gegenüber dem Eröffnungsbeschluß, und er hindert das erkennende Gericht nicht an einer allseitigen Beurteilung der Tat [15]). Ein Eröffnungsbeschluß und ein Einstellungsbeschluß aus dem gleichen Gesichtspunkt bewirken aber die Nichtigkeit beider Beschlüsse. Denn sie widersprechen sich und heben einander auf [16]).

Der Tod des Angeschuldigten hat zur Folge, daß das Verfahren rechtlich beendet ist. Denn da ein Strafverfahren sich nur gegen

12) Goldschmidt Seite 412.
13) Beling Seite 362 f.
14) Materialien Seite 171.
15) So das RG in ständiger Rechtsprechung, vgl. RGS 23/394 f., 46/220, 50/374, 62/97, 112, 154 f., RG in JW 1927 (56), 2314.
16) RGS 61/353 ff.

eine lebende Person richten kann, bricht es mit ihrem Fortfall von selbst zusammen[17]); eine Fortführung ist ausgeschlossen. In Unkenntnis des Todes ist aber eine tatsächliche Weiterführung des Verfahrens denkbar. Es besteht Veranlassung, die rechtliche Lage durch eine förmliche Erklärung festzustellen, um dies zu verhindern. Daher dient es der Klarstellung der Lage und der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrensabschlusses, wenn auch beim Tode des Angeschuldigten eine Einstellung erfolgt, die aber nur rechtserklärende Bedeutung haben kann. Ein solcher Einstellungsbeschluß wird von Beling und Rosenberg für zulässig erachtet[18]), von Fräb zur prozeßordnungsmäßigen Beendigung des Verfahrens gefordert[19]). Auch John und Rintelen ordnen im Falle des Todes des Angeschuldigten einen Einstellungsbeschluß an[20]). Gerland dagegen sieht darin, daß eine gerichtliche Untersuchung nur gegen eine bestimmte Person durchgeführt werden kann, „die wichtige Konsequenz, daß ein gegen eine bestimmte Person eingeleitetes Strafverfahren seine Beendigung mit dem Tode eben dieser Person findet, ohne daß es hierzu noch eines formellen Einstellungsbeschlusses der mit der Sache befaßten Behörde (Staatsanwaltschaft, Gericht) bedarf“[21]). Zu dem gleichen Ergebnis kommt Feisenberger; jedoch soll wenigstens aktenmäßig die Beendigung des Verfahrens festgestellt werden[22]). — Auch der im Laufe der Voruntersuchung eingetretene Tod des Angeschuldigten muß durch das Gericht festgestellt werden, da die Staatsanwaltschaft nach Erhebung der öffentlichen Klage keine eigene Verfügungsbefugnis über die Klage mehr hat[23]).

Die Einstellung des Verfahrens durch das über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidende Gericht geschieht durch Beschluß. Er „lautet, wenn eine Voruntersuchung nicht vorausgegangen ist, dahin: das Hauptverfahren nicht zu eröffnen; andernfalls dahin: den Angeschuldigten außer Verfolgung zu setzen“[24]). Diese Tenorierung, die von Puchelt vor allem im Hinblick auf § 211 für zweckmäßig erachtet wird[25]), hält Beling auch bei der freisprechungsähnlichen Einstellung für angebracht[26]). Der Beschluß muß begründet werden. Hierbei ist der „maßgebende Entscheidungsgrund bestimmt hervorzuheben, also zum Beispiel auszusprechen, daß kein genügender Beweis dafür vorliege, daß der Angeschuldigte derjenige sei, der die Tat begangen habe; oder: daß kein genügender Anhalt für die Annahme vorliege, daß der Angeschuldigte

17) HRR 3 Seite 207.
18) Beling Seite 153 f., Bennecke-Beling Seite 116, Rosenberg 2. Buch I. Abschnitt Note 21 a.
19) Fräb Seite 29.
20) John Band 2, Seite 661, Rintelen Seite 147.
21) Gerland Seite 135.
22) Feisenberger § 210 Note 9.
23) Keller § 202 Note 4, JRdsch 2 Nr. 993.
24) Graf zu Dohna Seite 154.
25) Puchelt zu §§ 202 bis 204 Note 3.
26) Beling Seite 235.

in rechtswidriger Absicht gehandelt habe, daß aber mangels der letzteren seine Handlung (vgl. z. B. § 267 StGB) nicht unter das Gesetz falle; oder: daß die Handlung des Angeschuldigten nicht geeignet sei, den gesetzlichen Tatbestand des betreffenden Delikts darzustellen usw. Rechtsansichten muß das Gericht, soweit erforderlich, näher begründen; dagegen bedürfen seine die Ergebnisse des Beweises betreffenden Annahmen einer weiteren Begründung nicht, und eine Erörterung der einzelnen Beweisgründe usw. ist nicht erforderlich" [27]). Dieser Beschluß ist dem Beschuldigten mit den Gründen bekanntzumachen, § 204 Abs. 3. Das ist auch dann erforderlich, wenn ihm die Anklage nicht mitgeteilt worden war, da er wegen der Rechtsfolge des § 211 stets ein Interesse an der Kenntnis des Einstellungsbeschlusses hat. Die Bekanntmachung geschieht durch Zustellung [28]).

Gegen den Einstellungsbeschluß hat die Staatsanwaltschaft das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde, § 210 Abs. 2. Ob die Einstellung auf tatsächlichen oder auf rechtlichen Erwägungen beruht, ist gleichgültig [29]). Auch die Einstellung wegen örtlicher Unzuständigkeit ist nur mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar [30]). Dies ist allerdings sehr bestritten. Keller ist der Auffassung, daß „unter den die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschlüssen nur diejenigen zu verstehen sind, welche in einer dem Grund der Sache vorgreifenden Weise das Verfahren einstellen. Dahin gehört nicht der Fall, wenn das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnt, weil es sachlich unzuständig ist. Die Entscheidung bezieht sich hier allein auf die Frage der Zuständigkeit. Die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens ist nur eine Folge der ersteren" [31]). Das Gesetz unterscheidet jedoch bei der Gewährung des Rechtsmittels nicht zwischen einer Ablehnung aus sachlichen Gründen und einer Ablehnung aus förmlichen Erwägungen, sondern es gewährt grundsätzlich „gegen den Beschluß, durch welchen die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt" wird, die sofortige Beschwerde. v. Schwarze vertritt deshalb die Meinung, daß die Unzuständigkeitserklärung gar keine Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens sei. „Denn das Gericht will überhaupt mit der Sache sich nicht befassen und überläßt sie, ohne irgendwie ein die Sache berührendes Präjudiz, dem seiner Ansicht nach zuständigen Gerichte; die Beschlußfassung ist bis zu dem Stadium der Frage, ob die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beschließen sei, nicht vorgedrungen" [32]). So sagt auch John, daß eine sofortige Beschwerde nur dann gewährt sei, „wenn der Inhalt der Entscheidung die Er-

27) Rosenberg § 204 Note 3.
28) Rosenberg § 204 Note 6.
29) Feisenberger § 210 Note 4 d, v. Schwarze § 209 Note 3.
30) Bennecke-Beling Seite 500 Note 8, v. Kries Seite 519, Stenglein § 209 Note 6.
31) Keller § 209 Note 4; vgl. auch Ullmann Seite 437, Rosenberg § 210 Note 4 d, Kohlrausch § 204 Note 3.
32) v. Schwarze im GerS 36 Seite 303; ebenso Ferdinand Seite 108.

öffnung oder Nicht-Eröffnung des Hauptverfahrens betrifft, nicht aber auch dann, wenn der ganze Inhalt der Entscheidung nur darin besteht, daß wegen Unzuständigkeit des Gerichts weder über Eröffnung noch auch über Nicht-Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden werden könne“ [33]). Hiergegen muß festgestellt werden, daß der Unzuständigkeitsbeschluß ebenso wie jede andere Einstellung aus förmlichen Gründen, die auch ohne Sachprüfung erfolgt, die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnt. Zutreffend ist, daß eine sachliche Würdigung nicht vorgenommen ist. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß der Beschluß keine Ablehnung des Hauptverfahrens enthält. Bei jeder förmlichen Einstellung braucht das Gericht nach Kenntnisnahme des förmlichen Einstellungsgrundes die Anklage sachlich nicht weiter zu prüfen, sondern es kann sofort einen Einstellungsbeschluß erlassen. Die örtliche Zuständigkeit ist eine Prozeßvoraussetzung. Daher erläßt das Gericht in diesem Falle einen echten Einstellungsbeschluß wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung, der sich in keiner Weise von anderen förmlichen Einstellungen unterscheidet. Es ist auch kein Grund vorhanden, daß der Staatsanwaltschaft gegen die Unzuständigkeitserklärung eine unbefristete Beschwerde zustehen soll. Dieses Ergebnis hätte außerdem die unerwünschte Wirkung, daß das Beschwerdegericht bei jeder verspäteten Beschwerde nachprüfen müßte, ob der Beschluß nicht wegen Unzuständigkeit ergangen ist.

Das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Einstellung auf ihren eigenen Antrag erfolgt ist [34]). Eine andere Meinung wird von John und Auerbach vor allen Dingen darauf gestützt, daß eine Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens nur dann vorliegen könne, wenn der Einstellungsbeschluß gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft ergangen sei; denn es könne nichts abgelehnt werden, was nicht beantragt sei. Der Ausdruck ‚ablehnen‘ ist aber nur als Gegensatz zu dem im § 210 Abs. 1 genannten Beschluß auf Eröffnung des Hauptverfahrens zu verstehen. Er erfaßt jeden Einstellungsbeschluß, der gemäß § 204 ergeht. Insbesondere kann der Meinung nicht zugestimmt werden, daß der Angeklagte „unbegründeterweise stiefmütterlich behandelt“ sei und es deshalb „Aufgabe richterlicher Anwendung und Belebung des Gesetzes sei, dieses so eng als möglich aufzufassen“ [35]). Denn der Ausschluß eines Rechtsmittels für den Angeklagten gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens beruht darauf, daß der Eröffnungsbeschluß nur als prozeßleitende Verfügung zu betrachten ist, während der Einstellungsbeschluß die Bedeutung eines Urteils be-

33) John Band 2, Seite 752.

34) Bennecke-Beling Seite 511 Note 22, v. Kries Seite 519, Rosenberg § 210 Note 4 b, Dalcke § 210 Note 31, Isenbarth-Sammter § 209 Note 66, Ferdinand Seite 107, GA 40, 184, OLGSamml 2, Nr. 55; a. M. Gerland Seite 334, Rosenfeld § 78 Note V, Mamroth § 209 Note 2, Stenglein § 209 Note 2, John Band 2, Seite 736, Auerbach in GA 46, 277 f.

35) Auerbach in GA 46, 277 f.

sitzt[36]). Feisenberger will bei einem Einstellungsbeschluß, der auf eigenen Antrag der Staatsanwaltschaft erlassen ist, nur dann ein Beschwerderecht einräumen, wenn der „Antrag und dementsprechend auch der Beschluß wegen falscher Gesetzesanwendung unrichtig ist“[37]).

Die Beschwerde kann mit Tatsachen oder mit rechtlichen Erwägungen begründet werden. Auch neu ermittelte Tatsachen können vorgebracht werden. Dies ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil gemäß § 211 auf Grund neuer Tatsachen eine neue Klage erhoben werden kann. Denn im § 211, der erst nach Eintritt der Unanfechtbarkeit seine eigentliche Bedeutung erhält, wird nicht angeordnet, daß neue Tatsachen auch während der Rechtsmittelfrist im Wege einer neuen Klage geltend gemacht werden müssen[38]).

Der Nebenkläger hat ebenso wie die Staatsanwaltschaft das Recht zur sofortigen Beschwerde, § 401[39]). Auch der Einstellungsbeschluß im Privatklageverfahren, der gemäß § 383 ergeht, ist gemäß § 210 anfechtbar[40]).

Das Beschwerdegericht prüft und erledigt die Sache ebenso, wie bis dahin das beschließende Gericht. Es eröffnet das Hauptverfahren, wenn es die Beschwerde für begründet hält; andernfalls wird die Beschwerde verworfen[41]).

Der Angeschuldigte besitzt gegen den Einstellungsbeschluß kein Rechtsmittel. Da eine sofortige Beschwerde nur in den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen gegeben ist, könnte ihm nur die einfache Beschwerde gemäß § 304 zustehen. Für den Beschuldigten liegt aber keine Beschwer vor. Außerdem ist es undenkbar, daß das Gesetz der Staatsanwaltschaft nur die sofortige Beschwerde einräumte, wenn es dem Angeschuldigten die fristlose Beschwerde gewähren wollte. Vielmehr hat offenbar § 210 sämtliche Rechtsmittel gegen den Eröffnungsbeschluß und den Einstellungsbeschluß regeln wollen[42]).

Die Fristsetzung für die Beschwerde der Staatsanwaltschaft hat zur Folge, daß der Einstellungsbeschluß nach Ablauf der Frist Rechtskraftwirkung besitzen muß. Das bedeutet, daß eine erneute Verfolgung der Sache nur nach Eintritt bestimmter Voraussetzungen erfolgen darf[43]). Diese Voraussetzungen sind im § 211 genannt. Es kann hiernach die Klage wiederaufgenommen werden, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden. Eine andere recht-

---

36) Materialien Seite 172, OLGSamml 2, Nr. 55.
37) Feisenberger § 210 Note 4 c.
38) v. Kries Seite 520, Rosenberg § 210 Note 4 c, Mamroth § 209 Note 4, Stenglein § 209 Note 5; a. M. Dalcke § 210 Note 31, GA 39, 360 f., OLGSamml 2, Nr. 54.
39) Dörr zu § 210 Abs. 2, Dalcke § 210 Note 31, Isenbarth-Sammter § 209 Note 68.
40) Feisenberger § 383 Note 1.
41) v. Kries Seite 520, Stenglein § 209 Note 5.
42) John Band 2, Seite 753, Puchelt § 209 Note 2.
43) Materialien Seite 173.

liche Wertung des gleichen Sachverhalts ist demnach bedeutungslos [44]). Diese Rechtskraftwirkung wird von John verkannt. Nach seiner Meinung besteht sie nur für den Angeschuldigten, nicht aber für die Staatsanwaltschaft, da der Angeschuldigte das Verfahren unter keinen Umständen fortsetzen kann, während die Staatsanwaltschaft bei neuen Tatsachen die Verfolgung wiederaufnehmen kann [45]). Deshalb betrachtet er den § 211 als eine Anweisung an die Staatsanwaltschaft, nach der sie nur dann wieder vorgehen soll, wenn sie „über nova zu disponieren in der Lage ist" [46]). John übersieht, daß die Rechtskraft nicht bedingt wird durch die Vorschrift des § 211, der nur die Mittel zu ihrer Beseitigung aufzeigt, sondern durch die nach § 210 Abs. 2 eintretende Unanfechtbarkeit des Einstellungsbeschlusses. Beling unterscheidet, ob die Einstellung aus materiellen oder formellen Gründen erfolgt ist. Bei materieller Einstellung soll eine durch § 211 auflösend bedingte materielle Rechtskraft vorhanden sein; „die rein formelle Einstellung dagegen steht einem neuen Prozeß de eadem re in dem Sinne entgegen, wie überhaupt Formalentscheidungen Sperrwirkung gegen neue Prozesse zukommt" [47]). Auch er beachtet nicht, daß die Rechtskraft eine Folge der durch den Fristablauf eintretenden Unanfechtbarkeit des Einstellungsbeschlusses ist.

Es werden also alle Einstellungsbeschlüsse von der Rechtkraftwirkung erfaßt, die nach § 210 Abs. 2 unanfechtbar geworden sind. Es ist gleichgültig, ob die Einstellung auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder gegen ihn ergangen ist, ob eine Voruntersuchung vorhergegangen ist oder nicht [48]). Unwichtig ist, ob ein unzuständiges Gericht den Einstellungsbeschluß erlassen hat. Bei unveränderter Sachlage entspricht er ganz einem rechtskräftigen Urteil [49]). Auch der Einstellungsbeschluß wegen Unzuständigkeit wird rechtskräftig. Wenn hiergegen vorgebracht wird, die Rechtskraftwirkung könne nur bei sachlicher Erledigung der Strafklage durch den Einstellungsbeschluß eintreten [50]), so ist ebenso wie bei der Frage der Anfechtbarkeit gemäß § 210 Abs. 2 entgegenzuhalten, daß die maßgebende Tatsache die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens ist, nicht aber die sachliche Würdigung. Dieselbe Erwägung führt zur Ablehnung der Auffassung von Keller, der der Einstellung wegen Antragsmangels keine Rechtskraft zuerkennt [51]). Auch eine Verfahrenseinstellung gegen einen Ausgelieferten, die erfolgt ist, weil wegen des Auslieferungsvertrages keine umfassende sachliche Würdigung vorgenommen werden kann, nimmt an der

44) Rosenberg § 211 Note 2, GA 40, 441.
45) John Band 2, Seite 784.
46) John Band 2, Seite 788 f.
47) Beling Seite 366.
48) Rosenberg § 211 Note 1.
49) Dörr zu § 211, Feisenberger § 211 Note 1.
50) Oppler in DStRZ 2, 515, LZ 1916 (10), 1551, RGS 32/51; ebenso Dalcke § 210 Note 31, Puchelt § 210 Note 3.
51) Keller § 210 Note 4.

Rechtskraft teil[52]). Bei allen ‚förmlichen' Einstellungen ist zu beachten, daß die Verfolgung nicht wieder aufgenommen werden darf, solange die Sachlage unverändert ist. Die Beseitigung des Einstellungsgrundes, der Nachweis seines Fortfalles ist in diesen Fällen die vom § 211 geforderte neue Tatsache. Nur ein Fall ist denkbar, der keine Rechtskraft erlangen kann: ein ‚Einstellungsbeschluß', der ohne staatsanwaltschaftliche Klage erfolgt ist[53]). Aber hier handelt es sich gar nicht um einen Einstellungsbeschluß im Sinne des § 204. Denn er kann nur in einem Verfahren ergehen, das von der Staatsanwaltschaft durch Klageerhebung gerichtlich anhängig gemacht ist, während hier ein Scheinverfahren stattgefunden hat, das gänzlich bedeutungslos ist.

Die Tatsachen oder Beweismittel, die zur Begründung für die Wiederaufnahme der Klage vorgebracht werden, müssen derart sein, daß bei ihrem früheren Vorliegen keine Einstellung erfolgt wäre[54]). Sie müssen also in einem bestimmten Verhältnis zu den Einstellungsgründen stehen, müssen sich auf sie beziehen und ihnen gegenüber erheblich sein. Deshalb können gegenüber einem Einstellungsbeschluß, der aus Rechtsgründen ergangen ist, solche neuen Tatsachen keine Bedeutung erlangen, die den Beweis der Täterschaft verstärken. Nur wenn sie z. B. das fehlende Tatbestandsmerkmal darstellen, sind sie erheblich[55]). Durch Vorbringen unerheblicher neuer Tatsachen kann daher keine nochmalige Prüfung der Sache durchgesetzt werden[56]). Wenn aber eine bereits vorgebrachte Tatsache nicht genügend bewiesen war und deshalb das Verfahren eingestellt wurde, so kann auch ein neues Beweismittel über diese Tatsache eine Wiederaufnahme begründen[57]). Das Gutachten eines Sachverständigen kann ebenfalls ein neues Beweismittel sein, wenn das Gericht nach seinem freien Ermessen zu der Überzeugung gelangt, daß durch die Begutachtung erhebliche Gesichtspunkte beigebracht werden[58]). Stenglein glaubt, das Wort ‚Tatsachen' entbehren zu können, da für die neuen Tatsachen selbstverständlich Beweismittel vorliegen müßten[59]). Das trifft jedoch nur für die sachliche Einstellung zu. Bei der förmlichen Einstellung ist die Beseitigung des Einstellungsgrundes die neue Tatsache. — Die Neuheit liegt darin, daß die Tatsache oder das Beweismittel dem einstellenden Gericht nicht vorgelegen haben und ihm deshalb unbekannt gewesen sind[60]). Der Nachweis hierfür wird durch die Akten erbracht. Sie brauchen jedoch nicht erst nach Erlaß des Einstellungs-

52) Anders RGS 49/246 f.
53) Rosenberg § 204 Note 7, RGS 51/374.
54) v. Schwarze § 399 Note 21 zur Nr. 5.
55) Rosenberg § 211 Note 3.
56) Keller § 210 Note 3.
57) John Band 2, Seite 784 f., v. Schwarze § 399 Note 16 zur Nr. 5.
58) Kohlrausch § 211 Note 2, RGS 57/158 f.
59) Stenglein § 210 Note 2.
60) Kohlrausch § 211 Note 2, Mamroth § 210 Note 3, Stenglein § 210 Note 2, RGS 56/92.

beschlusses entstanden zu sein[61]). Es kann der Meinung von v. Schwarze nicht zugestimmt werden, daß die Tatsache auch für die Staatsanwaltschaft selbst neu sein müsse[62]). Denn „so wie der Einstellungsbeschluß lediglich auf Grund der in den Akten enthaltenen schriftlichen Verhandlungen erfolgt, ebenso kann bei der Wiederaufnahme des Verfahrens die Frage, ob die vorgebrachte Tatsache und das produzierte Beweismittel neue sind oder nicht, lediglich durch den Inhalt der Akten entschieden werden“[63]). Zudem wird der Nachweis kaum gelingen, ob die Tatsache der Staatsanwaltschaft bekannt war oder nicht. Die neue Tatsache braucht nicht bewiesen zu werden, sondern es genügt ihre Glaubhaftmachung. Das folgt daraus, daß ebenso wie die Klage auch die Wiederaufnahme hinreichenden Verdacht voraussetzt[64]).

Es besteht keine Vorschrift über das Verfahren, in welchem die Wiederaufnahme betrieben werden soll. Eine unmittelbare Anwendung des im 4. Buche der Strafprozeßordnung geregelten Wiederaufnahmeverfahrens ist ausgeschlossen, da es sich hier nur um die Wiederaufnahme eines durch Urteil geschlossenen Verfahrens handelt. Aber auch die entprechende Anwendung ist nicht angebracht. Denn bei dem im 4. Buch geregelten Verfahren handelt es sich um Sachen, die endgültig erledigt sind und nur in Ausnahmefällen zur Vermeidung von Ungerechtigkeiten eine erneute Nachprüfung gestatten. Deshalb ist die Wiederaufnahme an ganz bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Der Einstellungsbeschluß gemäß § 204 dagegen ergeht von vornherein mit dem Vorbehalt, daß bei Auftauchen neuer Tatsachen oder Beweismittel das Verfahren wiederaufgenommen werden kann. Da § 211 von der Erneuerung der ‚Klage‘ spricht, hat diese auf demselben Wege wie im ersten Verfahren durch einfache Klageerhebung gemäß § 170 zu erfolgen[65]). Die Staatsanwaltschaft kann von sich aus ohne weiteres die Ermittlungen wieder aufnehmen und neue Nachforschungen anstellen, sobald ihr neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden. Sie kann auch einen Antrag auf Voruntersuchung, oder, falls eine solche schon stattgefunden hat, auf Ergänzung der Voruntersuchung, stellen, wenn sie es für erforderlich hält. Diesem Antrag hat der Untersuchungsrichter ohne weiteres zu entsprechen, § 179 Satz 2[66]). Das Recht, die Neuheit der Tatsachen oder Beweismittel zu prüfen, wie es von Rosenberg und Stenglein behauptet wird[67]),

61) Isenbarth-Sammter § 210 Note 71.
62) v. Schwarze § 399 Note 16 zur Nr. 5.
63) Fuchs in HH Band 2, Seite 33 f.
64) Sauer Seite 229.
65) Bennecke-Beling Seite 423, Rosenfeld § 78, v. Kries Seite 522, Rosenberg § 211 Note 4 a, Kohlrausch § 211 Note 3, Mamroth § 210 Note 2, Stenglein § 210 Note 5, Isenbarth-Sammter § 210 Note 70, Keller § 210 Note 5, RGS 13/298 f., 22/189 f., OLGSamml. 2, Nr. 71 a; a. M. ohne nähere Begründung Puchelt § 210 Note 5, der sich auf § 367 bezieht.
66) Keller § 210 Note 5.
67) Rosenberg § 211 Note 4 a, Stenglein § 210 Note 5; auch Bay ObLGSt 7, 317.

steht ihm nicht zu. Denn dieses Recht besitzt nur das über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließende Gericht, während die Tätigkeit des Untersuchungsrichters gerade die neuen Verdachtsgründe bestätigen und damit die erforderliche Tatsache gewinnen soll. Außerdem wäre das beschließende Gericht in keiner Weise an die Auffassung des Untersuchungsrichters über die Neuheit gebunden, was auch von Rosenberg und Stenglein anerkannt wird. Daher kann er auch das Ablehnungsrecht, das er bei dem Ergänzungsantrag gemäß § 197 Abs. 2 besitzt, nicht mit der Begründung geltend machen, daß nach seiner Meinung keine neuen Tatsachen vorhanden seien.

Wenn die Staatsanwaltschaft nach Abschluß ihrer Ermittlungen sich zur Wiederaufnahme entschließt, so erhebt sie unter Einreichung einer Anklageschrift Klage oder stellt sie nach vorangegangener Voruntersuchung den Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens. Sie kann ihre Klage bei jedem Gericht einreichen, das örtlich und sachlich zuständig ist. Eine Beschränkung auf das Gericht, das den Einstellungsbeschluß erlassen hat, ist nicht gegeben [68]). Das folgt daraus, daß die neuen Tatsachen eine Veränderung der sachlichen Zuständigkeit zur Folge haben können. In diesem Falle müßte das frühere Gericht gemäß § 209 verfahren, was im Gesetz nicht gewollt und auch völlig unnötig ist. Bei einer Verschiebung der Gerichtsbezirke hätte das Gericht bei nunmehr fehlender örtlicher Zuständigkeit sich ausdrücklich für unzuständig zu erklären. Für diesen Fall macht deshalb Rosenberg eine Ausnahme von seiner Ansicht, daß grundsätzlich das Gericht angegangen werden müsse, das den Einstellungsbeschluß erlassen hat [69]). Dieser Fall kann jedoch nicht als Ausnahme betrachtet werden; er bestätigt vielmehr die Regel, daß die Zuständigkeit für die neue Klage keiner Beschränkung unterliegt. Die Staatsanwaltschaft wird aber selbstverständlich im allgemeinen, wenn keine Zuständigkeitsänderung eingetreten ist, ihre Klage bei dem mit der Sache zuerst befaßt gewesenen Gericht erheben. Doch ist kein vorgängiger Beschluß des früheren Gerichts auf Aufhebung des Einstellungsbeschlusses erforderlich, wie er von Puchelt unter Hinweis auf § 367 verlangt wird [70]). Denn die Vorschriften des 4. Buches über die Wiederaufnahme des Verfahrens sind nicht anzuwenden, und demnach kann § 367 nicht herangezogen werden. Andere Gründe zur vorherigen Prüfung sind nicht gegeben.

Das Gericht verfährt wie bei der gewöhnlichen Klageerhebung; nur hat es das Vorliegen von neuen Tatsachen oder Beweismitteln sowie deren Erheblichkeit zu prüfen. Verneint es diese Voraussetzungen, so wird der Antrag der Staatsanwaltschaft zurückgewiesen;

---

68) Bennecke-Beling Seite 423, v. Kries Seite 522, Dalcke § 211 Note 32, Feisenberger § 21 Note 3 Abs. 2, RG im Recht 1923 (27), Nr. 954, OLG-Samml 2, Nr. 69; a. M. Isenbarth-Sammter § 210 Note 73, ohne Begründung.

69) Rosenberg § 211 Note 4 a.

70) Puchelt § 210 Note 5; ebenso OLG Samml 2, Nr. 70.

andernfalls erfolgt Eröffnung des Hauptverfahrens. Dieser Eröffnungsbeschluß bewirkt, daß der frühere Einstellungsbeschluß mit rückwirkender Kraft aufgehoben und das neue Verfahren mit dem alten vereinigt wird [71]). Daher ist eine ausdrückliche Aufhebung des Einstellungsbeschlusses, wie Mamroth sie verlangt [72]), nicht erforderlich; sie bleibt jedoch zulässig [73]). Beling ist dagegen grundsätzlich der Auffassung, daß „das erste eingestellte Verfahren eingestellt bleibt" [74]). Er begründet dies mit der formellen Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses, die durch die neuen Tatsachen nicht berührt werde [75]). Hiergegen ist zu sagen, daß nicht einmal einem rechtskräftigen Urteil eine so weitgehende formelle Rechtskraft beigelegt wird, obwohl es die Sache endgültig erledigen sollte, vgl. § 373 Abs. 1. Der Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses war dagegen bei seinem Erlaß schon die Grenze gezogen, daß sie nur bei unveränderter Sachlage Bestand haben sollte. Da also das erste Verfahren fortdauert, bleibt zum Beispiel der Anschluß eines Nebenklägers bestehen [76]). — Der neue Eröffnungsbeschluß ist gemäß § 210 anfechtbar [77]).

Wenn die Staatsanwaltschaft nach Erhebung ihrer neuen Ermittlungen die Klage nicht wieder aufnimmt, so kann der Verletzte nicht nach § 172 vorgehen [78]). Denn diese Vorschriften gelten nur dann, wenn die Staatsanwaltschaft sich überhaupt weigert, Klage zu erheben. Im Falle der Wiederaufnahme ist jedoch bereits dem Interesse des Verletzten durch Klageerhebung Genüge getan und eine gerichtliche Entscheidung ergangen. Es handelt sich jetzt nur um die Frage, ob die neuen Tatsachen zur Wiederaufnahme des Verfahrens ausreichen. Dies liegt jedoch im Ermessen der Staatsanwaltschaft [79]).

Schon vor Erhebung der neuen Anklage kann sich die Notwendigkeit erweisen, daß der Angeschuldigte verhaftet werden muß. In diesem Falle sind die §§ 125, 126 anwendbar. Der Amtsrichter hat bei der Prüfung des zur Erlassung des Haftbefehls berechtigenden Grundes auch die Neuheit der vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel zu untersuchen. Denn die Berechtigung zu einem Haftbefehl liegt nicht vor, solange der Einstellungsbeschluß infolge unveränderter Sachlage unanfechtbar ist [80]).

Die Rechtskraftwirkung des Einstellungsbeschlusses wird durch den neuen Eröffnungsbeschluß nicht völlig beseitigt. Vielmehr

---

71) Rosenfeld § 78, Kohlrausch § 211 Note 3, Dörr zu § 211, RGS 43/153.
72) Mamroth § 210 Note 2.
73) Rosenberg § 211 Note 4 a.
74) Bennecke-Beling Seite 423.
75) Beling Seite 366.
76) Rosenberg § 211 Note 5.
77) Rosenberg § 211 Note 4 a, Isenbarth-Sammter § 210 Note 73.
78) Rosenberg § 211 Note 4 c, Schäfer-Hartung § 211 Note.
79) OLGSamml 1, Nr. 392 a bis e.
80) Rosenberg § 211 Note 4 b.

bleibt sie in dem Sinne bestehen, daß auch das erkennende Gericht das Vorliegen von neuen Tatsachen oder Beweismitteln von Amts wegen jederzeit nachprüfen muß [81]). Denn da § 211 ein neues Verfahren verhindern will, solange nicht neue Tatsachen oder Beweise vorhanden sind, muß auch das erkennende Gericht daran gebunden sein [82]). § 211 enthält nicht nur eine Weisung, sondern ein zwingendes Gebot, dessen Nichterfüllung ebenso wie ein Strafurteil einem neuen Verfahren die Rechtskraft entgegensetzt. Solange keine neuen Tatsachen oder Beweise beigebracht sind, verletzt daher die weitere Verfolgung den Grundsatz der Einmaligkeit ebenso, wie wenn das Verfahren durch ein Strafurteil abgeschlossen worden wäre [83]). Dem wird von Oetker entgegengehalten, daß die Nichtbeachtung des § 211 nicht den Mangel einer Prozeßvoraussetzung ergebe, „sondern, ähnlich dem unzureichenden Tatverdacht, § 203, nur Fehlen einer spezifischen Voraussetzung des Eröffnungsdekrets" [84]). Die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses soll den „Mangel der spezifischen Voraussetzungen dieses Dekretes" heilen. Diese Meinung wird von Oetker insbesondere deshalb vertreten, weil sich in der Hauptverhandlung noch neue Tatsachen herausstellen können und nunmehr eine Einstellung wegen fehlender Prozeßvoraussetzung zwecklos sein würde. Denn „haben sich die neuen Tatsachen, Beweismittel in der Hauptverhandlung als unkräftig erwiesen, während das weitere Beweismaterial die Schuld ergab, so müßte ja doch verurteilt werden" [85]). Diese Erwägungen können die Auffassung über die Rechtskraftwirkung des Einstellungsbeschlusses nicht beeinträchtigen. Ihnen ist entgegenzuhalten, daß sie die Möglichkeit eröffnen würden, das Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel bei einer erneuten Klageerhebung stets außer acht zu lassen. Denn die Möglichkeit ist immer vorhanden, daß die Hauptverhandlung neue Tatsachen oder Beweise zutage fördert. — Der Mangel wird aber geheilt und damit gegenstandslos, wenn sich vor Bekanntwerden der Fehlerhaftigkeit des neuen Eröffnungsbeschlusses andere neue Tatsachen oder Beweise herausstellen [86]).

B. Die bestrittenen Fälle nach Eröffnung des Hauptverfahrens.

Die Strafprozeßordnung hat für das Hauptverfahren keine Bestimmung, die wie die Vorschriften der §§ 170 und 204 eindeutig

81) Graf zu Dohna Seite 155, Dalcke § 211 Nr. 32, Feisenberger § 211 Note 3 Abs. 2, Schäfer-Hartung § 211 Note, Sauer Seite 229; ebenso RGS 46/69 f., 56/92, 57/158 f., 60/99 ff., 62/154 gegen 22/189 f.

82) Bennecke-Beling Seite 535.

83) Marquardt im Recht 1910 (14), Seite 815.

84) Oetker in GA 66, 472 f.; ebenso v. Kries in ZStRW 5, 36 f., Mamroth § 210 Note 4.

85) Oetker in JW 1927 (56), 2314.

86) Rosenberg § 211 Note 6, Gerland in JW 1927 (56), 269.

eine allgemeine Möglichkeit zur Einstellung gibt. Sie nennt nur bestimmte Fälle, in denen eine Verfahrenseinstellung erfolgen muß. Über die Anwendungsmöglichkeit des im § 260 genannten Einstellungsurteils besteht durch die im Absatz 3 getroffene Bestimmung nur bei den Fällen des Antragsmangels bei Antragsstraftaten Klarheit; dagegen ist zweifelhaft, ob § 260 in der Hauptverhandlung allgemein beim Hervortreten oder Bekanntwerden eines sonstigen Umstandes, der vor dem Eröffnungsbeschluß zur Einstellung geführt hätte, anzuwenden ist. Für Einstellungen außerhalb der Hauptverhandlung ist überhaupt keine Bestimmung getroffen. Es entsteht daher die Frage, ob nach Erlaß des Eröffnungsbeschlusses abgesehen von den wenigen ausdrücklich genannten Fällen stets eine Hauptverhandlung stattfinden muß, oder ob das Verfahren ohne Verhandlung eingestellt werden kann.

Zur Beantwortung dieser Frage genügt es nicht, wie bei den Vorschriften der §§ 170 und 204, die allgemeine Feststellung zu treffen, daß beim Fehlen einer Verurteilungsmöglichkeit das Verfahren einzustellen sei. Denn da keine gesetzliche Regelung vorhanden ist, muß von den einzelnen Fällen ausgegangen werden, die in ihrer Wirkung auf das Verfahren untersucht werden müssen. Vollständigkeit ist in diesem Falle von geringerer Bedeutung. Erst nach Herausstellung der einzelnen Umstände kann untersucht werden, ob nach Eröffnung des Hauptverfahrens weitere Einstellungen außer den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen zulässig sind. Das Hauptverfahren muß bei dieser Prüfung in zwei Abschnitte untergeteilt werden: Es ist zu unterscheiden zwischen der Zeit, die vor der Hauptverhandlung liegt, und der Hauptverhandlung selbst. Die Prüfung hat sich darauf zu erstrecken, ob weitere Einstellungen in entsprechender Anwendung der gesetzlichen Vorschriften oder aus allgemeinen Grundsätzen der Strafprozeßordnung erfolgen können.

Die Fälle, die für eine Einstellung in Betracht kommen, sind in den allgemeinen Bestimmungen der §§ 170 und 204 zu finden. Denn sie bilden den weitesten Rahmen, in dem im Gesetz Einstellungen erfolgen können. Da nach diesen Vorschriften das Verfahren eingestellt werden muß, wenn keine Aussicht auf Verurteilung des Angeschuldigten besteht, sind alle einer Verurteilung entgegenstehenden Umstände darauf zu untersuchen, ob sie nach dem Eröffnungsbeschluß zu einer Einstellung des Verfahrens Veranlassung geben können.

Die Umstände, die dazu führen, daß der Angeklagte nicht verurteilt wird, können sachlicher oder förmlicher Art sein. Diese Unterscheidung, die schon bei den Einstellungen gemäß § 204 gemacht worden ist, ist erheblich, weil die sachlichen Gründe sich aus einer Würdigung der Tat oder des Täters ergeben, während die förmlichen Gründe das Verfahren beeinträchtigen und deshalb diese sachliche Wertung ausschließen. Die beiden Arten von Gründen liegen

also auf verschiedenen Ebenen und müssen daher bei der Prüfung und Begründung von Einstellungsmöglichkeiten getrennt werden.

Die Umstände, die die Strafbarkeit der durch die Anklage zum Hauptverfahren gebrachten Tat betreffen, sind zu den sachlichen Gründen zu zählen. Sie zeigen sich, wenn das Verbrechen selbst oder die Beziehung des Angeklagten zur Tat geprüft werden. Zu ihnen gehört der Nachweis, daß die ursprünglich als ein Verbrechen angesehene Handlung überhaupt nicht strafbar ist; daß der Angeklagte die ihm in der Anklage zur Last gelegte Tat gar nicht begangen hat, oder daß sich seine Täterschaft nicht beweisen läßt. Schließlich gehört zu den sachlichen Gründen der Mangel der Strafbarkeit wegen eines Schuldausschließungsgrundes.

Alle übrigen einer Verurteilung des Angeklagten entgegenstehenden Hindernisse sind zu den förmlichen Gründen zu rechnen. Auch Umstände, die auf das sachliche Gebiet hinüberreichen oder hinüberzureichen scheinen, gehören hierzu; denn nur solche Umstände, die ausschließlich die Sache selbst betreffen, können zu den sachlichen Gründen gezählt werden. Sobald ein förmliches Hindernis vorliegt, beruht die Nichtverurteilung nicht auf sachlichen Erwägungen, sondern sie wird durch dieses Hindernis veranlaßt.

Die förmlichen Gründe besagen nichts über die Tat oder den Täter in Bezug auf die Tat. Sie stehen vielmehr dem Verfahren im Ganzen entgegen, machen es unzulässig und verbieten deshalb eine Verurteilung; oder sie sind aus einem Mangel des Verfahrens entstanden, dann schließen sie die Verurteilung aus, weil das Verfahren fehlerhaft ist. Die Unterscheidung zwischen Unzulässigkeit und Fehlerhaftigkeit des Verfahrens ist erforderlich, weil die Wirkungen dieser Verfahrensmängel verschieden sein können. Es gibt aber noch zwei Ereignisse, die einen unmittelbaren Einfluß auf das Verfahren ausüben und die seine Fortsetzung ausschließen: die Niederschagung des Verfahrens und den Tod des Angeklagten.

Die Unzulässigkeit des Verfahrens wird durch solche Umstände bewirkt, die das Verfahren selbst verbieten und deshalb ein Eingehen auf die Sache ausschließen. — Da der Grundsatz besteht, daß über jede Straftat nur einmal entschieden werden kann, steht einem zweiten Verfahren über das gleiche Verbrechen der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. Ein dennoch eingeleitetes Verfahren ist aus diesem Grund unzulässig. Dieselbe Erwägung greift Platz, wenn ein Verfahren bereits rechtshängig ist. Denn da über die Sache nur ein Urteil ergehen kann, ist die Einleitung eines zweiten Verfahrens zwecklos. — Wenn nach gesetzlichen Vorschriften bestimmte Personen von der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausgenommen sind, so kann gegen sie auch wegen begangener Straftaten ein Verfahren nicht eingeleitet werden. Dies gilt für Exterritoriale und Militärpersonen. Solche Personen dürfen überhaupt nicht vor die ordentlichen Gerichte gezogen werden, und jede gegen sie gerichtete richterliche Tätigkeit ist unzulässig. Die gleiche Wirkung äußert § 2 JGG, der die Straflosigkeit von Jugend-

lichen unter 14 Jahren ausspricht. Diese Vorschrift verbietet nicht nur die Verurteilung von Kindern, sondern jegliches Verfahren gegen sie. Kinder dürfen nicht zur strafrichterlichen Verantwortung gezogen werden. Während im Falle der Geisteskrankheit das Vorliegen der Voraussetzung des § 51 StGB geprüft werden muß und damit erst ein Schuldausschließungsgrund festgestellt wird, ist nach Feststellung des kindlichen Alters jede weitere Frage nach Schuld oder Nichtschuld ausgeschlossen. Damit ist jede richterliche Tätigkeit untersagt, und hieran wird dadurch nichts geändert, daß sich die Kindlichkeit erst im Laufe des Verfahrens herausstellt. — Andere gesetzliche Bestimmungen verhindern die Verfolgbarkeit der Straftat. Durch Verjährung wird die Strafverfolgung ausgeschlossen, § 66 StGB. Das bedeutet, daß nach Eintritt der Verjährung kein Verfahren mehr stattfinden darf. Denn die Strafverfolgung geschieht im Wege des ordentlichen Strafverfahrens. Ob die Verjährung außerdem eine Wirkung in sachlicher Hinsicht hat, also die Schuld durch sie beseitigt wird, ist unerheblich. Denn ihre maßgebliche Wirkung ist die, daß keine Strafverfolgung mehr erfolgen darf und somit ein trotz Verjährung eingeleitetes Verfahren unzulässig ist. Die gleiche Wirkung äußern die mit einer ausländischen Regierung abgeschlossenen Auslieferungsvereinbarungen. Wenn sich bei einem Ausgelieferten herausstellt, daß er eine andere als die im Auslieferungsbegehren angegebene Straftat begangen hat und nunmehr seine Verurteilung ausgeschlossen ist, so ist das Verfahren unzulässig geworden. Es darf nur hinsichtlich der in den Auslieferungsvereinbarungen vorgesehenen Handlungen stattfinden, im übrigen darf keine sachliche Prüfung und Entscheidung erfolgen. — In den Fällen der §§ 171, 172, 238 StGB darf die Strafverfolgung nur dann stattfinden, wenn zuvor ein Urteil über die Scheidung oder Nichtigkeit der Ehe ergangen ist. Liegt dies Urteil nicht vor, so ist die Verfolgung unzulässig, weil eine sachliche Entscheidungsmöglichkeit nicht gegeben ist.

Bei der Fehlerhaftigkeit des Verfahrens handelt es sich um Umstände, die nicht von außen her das Verfahren beeinflussen, sondern die durch einen Mangel des Verfahrens selbst entstanden sind. Das Verfahren ist nicht in Ordnung, wenn die Staatsanwaltschaft keine Klage erhoben hat, oder wenn kein ordnungsmäßig erlassener Eröffnungsbeschluß vorliegt. Ebenso ist es fehlerhaft, wenn ein ausgeschlossener Richter an dem Verfahren mitwirkt, oder wenn das Gericht nicht ordnungsgemäß besetzt ist. Diese Umstände haben zur Folge, daß der Angeklagte nicht verurteilt werden darf, denn eine sachliche Prüfung und Aburteilung der Tat darf nur in einem fehlerfreien Verfahren erfolgen. — Umstände, die ebenfalls zur Fehlerhaftigkeit des Verfahrens zu rechnen sind, sind die Mängel der Zuständigkeit. Das Fehlen der sachlichen Zuständigkeit ist unbeachtlich, wenn die Sache vor ein Gericht niederer Ordnung gehört, § 269. Ist die Zuständigkeit des Gerichts überschritten, so muß die Sache an das zuständige Gericht verwiesen werden, § 270.

Die örtliche Unzuständigkeit ist nach Eröffnung des Hauptverfahrens nur auf Einwand des Angeklagten beachtlich, § 18, und auch hier nur bis zur Verlesung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung, § 16. Die Geltendmachung dieses Einwandes hat zur Folge, daß eine sachliche Entscheidung nicht ergehen darf. Jedoch ist nicht geregelt, in welcher Weise das Gericht das anhängige Verfahren zu beenden hat.

1. Einstellungen in der Hauptverhandlung gemäß § 260.

Vor Prüfung der Frage, ob § 260 die Grundlage zu einer allgemeinen Einstellungsmöglichkeit in der Hauptverhandlung bietet, müssen die im Absatz 3 ausdrücklich genannten Fälle behandelt werden. Denn sie bilden den Ausgangspunkt dafür, auf welche weiteren Fälle § 260 anzuwenden ist, wenn sich ergibt, daß die Fälle des fehlenden Antrags nur als Beispiele anzusehen sind.

a) § 260 Absatz 3.

Wenn sich bei einer nur auf Antrag zu verfolgenden strafbaren Handlung ergibt, daß der erforderliche Antrag nicht vorliegt, oder wenn der Antrag rechtzeitig zurückgenommen ist, so muß in der Hauptverhandlung durch Urteil die Einstellung des Verfahrens ausgesprochen werden, § 260 Abs. 3. Es ist unerheblich, ob die Tat von Anfang an als Antragsstraftat angesehen und als solche zur Hauptverhandlung gelangt ist, oder ob sich erst in der Hauptverhandlung diese Eigenschaft herausstellt. Denn § 260 bestimmt allgemein, daß das Fehlen des Antrags bei Antragsstraftaten zum Einstellungsurteil führt. Daher muß auch dann ein Einstellungsurteil ergehen, wenn im Eröffnungsbeschluß eine schwerere, von Amts wegen zu verfolgende Verbrechensform angenommen ist, das erkennende Gericht aber zu der Feststellung gelangt, daß die Tat nur unter dem Gesichtspunkt einer leichteren, auf Antrag zu verfolgenden Verbrechensform bestraft werden kann und der erforderliche Antrag nicht vorliegt[87]). In diesem Fall darf aber nicht Freisprechung wegen der im Eröffnungsbeschluß angenommenen Verbrechensform neben dem Einstellungsurteil wegen der Antragsstraftat erfolgen. Denn durch den Eröffnungsbeschluß wird ein bestimmtes geschichtliches Ereignis zur Hauptverhandlung gebracht; die rechtliche Wertung im Eröffnungsbeschluß ist dagegen ohne Bedeutung für das erkennende Gericht, vgl. § 264[88]). — Wegen der Einheitlichkeit des Urteils kann auch neben einer Verurteilung wegen einer von Amts wegen zu verfolgenden Handlung nicht Einstellung wegen einer ideal kon-

87) Rosenberg § 260 Note 7 b, Dörr zu § 260 Abs. 2, Glaser im GerS 36, 125.

88) Graf zu Dohna Seite 179, Gerland Seite 375, v. Kries Seite 583.

kurrierenden Antragsstraftat erfolgen [89]). Allerdings kann der von Gerland vertretenen Auffassung nicht zugestimmt werden, daß bei Verneinung der Strafbarkeit einer von Amts wegen zu verfolgenden Tat auch bei Idealkonkurrenz mit einer Antragsstraftat Freisprechung erfolgen müsse. In diesem Falle bleibt die Möglichkeit einer strafbaren Handlung, deren Verfolgung nur wegen des fehlenden Antrags nicht zulässig ist, bestehen. Da aber nach § 264 die gesamte Tat abgeurteilt werden muß, folgt aus der rechtlichen Unmöglichkeit der Verfolgung der Antragsstraftat die Notwendigkeit, ein Einstellungsurteil zu erlassen [90]). — Wenn das Eröffnungsgericht eine fortgesetzte Handlung angenommen hat und das erkennende Gericht mehrere selbständige Handlungen für vorliegend erachtet, von denen eine wegen fehlenden Antrags nicht verfolgt werden kann, so muß hinsichtlich dieser Tat ein Einstellungsurteil ergehen [91]). Denn bei der Aufspaltung der bisherigen einen Handlung in verschiedene einzelne kann über jede Tat ein besonderes Urteil ergehen. — Es zeigt sich also, daß stets dann ein Einstellungsurteil erlassen werden muß, wenn von der gesamten, durch den Eröffnungsbeschluß zur Hauptverhandlung gebrachten strafbaren Handlung nur eine Antragsstraftat übrig bleibt, deren Verfolgung wegen fehlenden Antrags ausgeschlossen ist.

Aus diesem Ergebnis kann der weitere Grundsatz abgeleitet werden, der schon aus der im § 264 angeordneten umfassenden Prüfungspflicht des erkennenden Gerichts folgt, daß ein Einstellungsurteil nicht ohne weiteres erlassen werden darf, wenn im Eröffnungsbeschluß eine Antragsstraftat angenommen ist und in der Hauptverhandlung der Antrag fehlt. Wenn die Auffassung des Eröffnungsgerichts falsch ist und die strafbare Handlung auch von Amts wegen verfolgt werden kann, so hindert der fehlende Antrag nicht eine Verurteilung unter dem neuen Gesichtspunkte. Da aber die rechtliche Auffassung des Eröffnungsgerichts für das erkennende Gericht bedeutungslos ist, muß es stets prüfen, ob die Tat nicht von Amts wegen zu verfolgen ist. Zur Erforschung dieser Frage können weitere Ermittlungen vorgenommen werden, und es kann in eine umfassende Beweisaufnahme eingetreten werden. Erst wenn das Gericht das Vorliegen einer von Amts wegen zu verfolgenden Tat verneint, kann ein Einstellungsurteil ergehen. Es müssen also die Voraussetzungen für eine Freisprechung hinsichtlich aller ohne Antrag verfolgbaren Wertungen gegeben sein [92]). Sobald Klarheit vorhanden ist, daß eine Verfolgbarkeit nur noch unter Antragsgesichtspunkten besteht, muß ohne weiteres eingestellt werden. Eine weitere Sachprüfung ist nicht statthaft; sie ist durch den Mangel des Antrags verboten. Sie ist auch überflüssig, weil keine

89) Gerland Seite 375, Glaser im GerS 36, 125.
90) Dalcke § 260 Note 44, RGS 46/363 ff.
91) Rosenberg 1933 § 260 Note 7 b.
92) Bennecke-Beling Seite 396, Friedmann in GrünhutsZ 23, 595, RGK 10, 245 ff.

Aburteilung der Tat erfolgen kann. Von einer Beweisaufnahme kann abgesehen werden, wenn von vornherein feststeht, daß nur eine Antragsstraftat vorliegen kann; in solchen Fällen kann sofort das Einstellungsurteil erlassen werden [93]).

Das Einstellungsurteil nimmt also hinsichtlich der Antragsstraftat keine sachliche Wertung vor; eine Äußerung über Schuld oder Nichtschuld ist in ihm nicht enthalten. Es ist ein Formurteil. Deshalb kann der Meinung von Glaser nicht zugestimmt werden, der bei Antragsstraftaten dann Freisprechung verlangt, wenn sich im Laufe der allseitigen Sachprüfung herausstellt, daß auch unter Antragsgesichtspunkten keine Bestrafung erfolgen kann. Das Einstellungsurteil soll also nur dann ergehen, wenn der Mangel des Antrags der einzige Grund für die Nichtverurteilung ist [94]). Das Fehlen des Antrags verbietet jedoch jedes sachlich entscheidende Urteil, somit auch die Freisprechung. Wenn das Gericht von Gründen, die an sich zu einer Freisprechung führen müssen, Kenntnis erhält, darf es sie nicht verwerten, weil dies einen Verstoß gegen das Wesen des Einstellungsurteils bedeuten würde. Denn das Einstellungsurteil besagt, daß sich das Gericht mangels Antrags einer Sachentscheidung enthält. Es enthält aber nicht die Erklärung, daß an sich eine Straftat vorhanden ist. Glasers Ansicht hat zur Folge, daß das Einstellungsurteil eine Wertung vornimmt, die gerade nicht erfolgen soll. Außerdem muß darin ein nicht gerechtfertigter Vorteil für solche Angeklagte gesehen werden, deren Nichtschuld zufällig bekannt wird, gegenüber anderen Angeklagten, deren Nichtschuld wegen des Sachprüfungsverbots unbekannt bleibt.

Der Strafantrag ist Voraussetzung für eine sachliche Prüfung und ein Sachurteil. War er von Anfang an nicht vorhanden, so durfte kein Eröffnungsbeschluß ergehen; fällt er später infolge Zurücknahme weg, so wird das weitere Verfahren unzulässig. Sein Fehlen hat aber keine Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge. Nichtigkeit bedeutet, daß etwas überhaupt nicht vorhanden ist, von einem „Nichtverfahren" kann aber nur dann gesprochen werden, wenn ein Wesenskern des Verfahrens fehlt. Hierzu ist nur das Vorhandensein der notwendigen Beteiligten zu rechnen. Alles weitere gehört zu den förmlichen Voraussetzungen und Bedingungen des Verfahrens, deren Fehlen es unzulässig, aber nicht nichtig macht. Das Einstellungsurteil ist deshalb prozeßgestaltend, es beendet ein bis dahin anhängiges Verfahren. Da aber bis zum Einstellungsurteil ein Verfahren vorhanden ist, kann der Mangel der Voraussetzung für ein sachliches Urteil vor Erlaß des Einstellungsurteils durch Nachbringung eines wirksamen Antrags geheilt werden. Denn es ist nicht Voraussetzung für ein Sachurteil, daß der Strafantrag schon vor dem Eröffnungsbeschluß vorhanden und Grundlage des bisherigen Verfahrens war, sondern daß er überhaupt vorhanden ist und so-

93) RGS 2/221, RGR 2, 190, RG im Recht 16, Nr. 960.
94) Glaser Seite 549.

mit zu einer Sachentscheidung berechtigt[95]). Deshalb darf im Falle der Nachbringung des Strafantrages kein Einstellungsurteil ergehen und die Verfolgung der Tat einem neuen Verfahren überlassen bleiben.

Das Einstellungsurteil kann nur von der Staatsanwaltschaft angefochten werden. Für den Angeklagten liegt keine Beschwer in ihm, da es sich einer sachlichen Entscheidung enthält und das Verfahren mit seinem Erlaß abgeschlossen ist. Zwar kann dem Angeklagten eine sachliche Freisprechung unter Umständen günstiger erscheinen, aber „die Fortdauer der Prozeßbehelligung mit der Möglichkeit der Verurteilung wäre für ihn ungünstiger“[96]).

Berufung gegen das Einstellungsurteil ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die angeklagte Tat ausschließlich eine Übertretung ist; § 313 ist also nicht anwendbar. Allerdings meint Beling, daß jede Nichtverhängung einer Strafe als Freisprechung im Sinne des § 313 aufzufassen sei, und er schließt deshalb Einstellungsurteile von der Berufung aus[97]). Die Vorschrift des § 313 ist aber als eine Ausnahmebestimmung eng auszulegen[98]). Außerdem enthält sie eine Schlechterstellung der unterlegenen Partei und kann deshalb nicht entsprechend angewendet werden[99]). Zudem sind im § 260 ausdrücklich die drei verschiedenen Möglichkeiten des Urteilsinhalts vorgesehen. Es deutet aber nichts darauf hin, daß ein Einstellungsurteil einem freisprechenden Urteil gleichstehen soll[100]). Schließlich ist zu beachten, daß die Vorschrift des § 313 eine Vereinfachung bezweckt. Wenn aber der Revision gegen ein Einstellungsurteil stattgegeben wird, so wird stets die Zurückverweisung des Verfahrens notwendig werden, weil eine sachliche Prüfung der Tat noch nicht erfolgt ist und das Revisionsgericht eine Beweisaufnahme nicht vornehmen kann. Das würde aber eine Erschwerung des Verfahrens sein und damit dem Zweck des § 313 widersprechen[101]). Aus diesen Erwägungen kann durch § 313 die Berufung gegen Einstellungsurteile nicht abgeschnitten sein[102]).

Das Formurteil, das ein Verfahren wegen fehlenden Antrags einstellt, kann nicht dieselbe Wirkung äußern wie ein Urteil, das auf Grund einer umfassenden sachlichen Prüfung ergeht. Das Sachurteil bewirkt einen Verbrauch des Strafklagerechts; die Staatsanwaltschaft kann nicht nach endgültiger Erledigung des Verfahrens

95) Olshausen § 61 Note 57, RGR 5, 271 f.
96) Beling Seite 333.
97) Beling Seite 398; ebenso Dörr zu § 313 und in GA 69, 220 f., Feisenberger § 313 Note 4, OLGSamml 2, Nr. 157 c.
98) KG-Präsident in JRdsch 1925 (1), 495, KG in JW 1925 (54), 1033, OLG Dresden in ZStRW 45, 502.
99) OLG Stettin in JW 1925 (54), 1041.
100) OLG Düsseldorf in GA 69, 205.
101) Richard Müller in JRdsch 1, 176, OLGSamml 2, Nr. 157 a, b.
102) So auch noch Rosenfeld 1926 Band 2, Seite 108 f., Rosenberg § 313 Note 4, OLG Frankfurt in JRdsch 1925 (1), Nr. 973, OLG Königsberg in ZStRW 45, 518, OLG Düsseldorf in ZStRW 45, 506.

eine neue Klage erheben, etwa weil sie neue Beweise erlangt hat oder zu einer anderen rechtlichen Würdigung der Tat gekommen ist. Dieser Grundsatz ist zwar in dieser Form in der Strafprozeßordnung nicht ausgesprochen. Er ergibt sich aber aus den besonderen Bestimmungen, die für die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens im 4. Buch der Strafprozeßordnung getroffen sind. Denn wenn die Wiederaufnahme an ganz bestimmte und enge Voraussetzungen gebunden ist, so folgt daraus ohne weiteres, daß ein völlig neues Verfahren nicht eingeleitet werden darf und infolgedessen das Strafklagerecht der Staatsanwaltschaft verbraucht ist.

Ein Formurteil ergeht aber nicht unter denselben Bedingungen und mit den gleichen Sachprüfungsmöglichkeiten wie ein Sachurteil. Es enthält eine doppelte Aussage: Einmal stellt es fest, daß keine von Amts wegen verfolgbare Straftat vorliegt; zum anderen besagt es, daß im übrigen keine sachliche Prüfungs- und damit Entscheidungsmöglichkeit gegeben ist, da die zur Hauptverhandlung gebrachte Tat nur unter dem Gesichtspunkt einer Antragsstraftat verfolgt werden kann und der erforderliche Antrag nicht vorliegt. Der dem Einstellungsurteil innewohnenden Erklärung, daß eine von Amts wegen zu verfolgende strafbare Handlung nicht vorliegt, muß eine dem freisprechenden Urteil entsprechende Rechtskraftwirkung zugesprochen werden. Denn diese Erklärung ist unter denselben sachlichen Vorausetzungen und auf Grund der gleichen umfassenden Prüfung wie ein Sachurteil ergangen. Beling sagt daher, daß das Einstellungsurteil „hinsichtlich des Offizialcharakters der Tat latent eine Freisprechung enthält“ [103]). Es ist kein Grund vorhanden, daß das Einstellungsurteil in diesem Umfange nicht die volle Wirkung einer Freisprechung besitzen sollte. Demnach bewirkt das Einstellungsurteil wegen fehlenden Strafantrags hinsichtlich aller von Amts wegen zu verfolgenden strafbaren Handlungen den Verbrauch der Strafklage [104]). — In Beziehung auf die Antragsstraftat kann das Einstellungsurteil diese umfassende Wirkung nicht besitzen. Abzulehnen ist die von Wurzer vertretene Auffassung, der das Einstellungsurteil in seiner Wirkung einer Freisprechung gleichstellen will [105]). Zunächst ist zu bemerken, daß dann kein Grund für eine Unterscheidung zwischen Einstellungsurteilen und Freisprechungen vorhanden sein würde. Die Begründung Wurzers, daß auch durch das Einstellungsurteil die Tat abgeurteilt wird, weil die Sache spruchreif ist, beruht auf einer Verkennung des Wesens des Einstellungsurteils. Denn diese Entscheidung enthält sich gerade deshalb einer Aburteilung der Tat, weil die Sache wegen des fehlenden Antrags nicht spruchreif ist. Das Bedenken, daß durch die Er-

103) Beling Seite 271 f., Bennecke-Beling Seite 411.

104) Rosenfeld 1926 Band 2, Seite 55, Dörr zu § 260 Abs. 2, Stenglein § 259 Note 6, Lilienthal Seite 60, Friedmann in GrünhutsZ 23, 595, Recht 26 Nr. 1034, RGS 46/363 ff., RGR 10, 245 ff.

105) Wurzer in GA 65, 277 ff.

neuerung des Verfahrens gemäß § 264 die gesamte Tat auch unter Gesichtspunkten einer von Amts wegen zu verfolgenden Tat zur Verhandlung stehe, ist dadurch hinfällig, daß insoweit eine Sachentscheidung mit den Wirkungen einer Freisprechung ergangen und deshalb die Klage verbraucht ist. Wenn Wurzer weiter erklärt, im Privatklageverfahren seien die Berechtigten gemäß § 375 gezwungen, sich einer erhobenen Privatklage anzuschließen, wenn sie nicht ihr Klagerecht verlieren wollen, und es sei nicht einzusehen, warum dies nicht ebenso für die Antragsberechtigten gelten solle, so muß zunächst erwidert werden, daß auch bei der Zurücknahme der Privatklage die Rechte anderer Verletzter bestehen bleiben. Außerdem wäre es unbillig, wenn die Zurücknahme eines Strafantrags anderen, bisher am Verfahren völlig unbeteiligten Berechtigten, denen unter Umständen von dem Verfahren gar nichts bekannt war, ihr Strafantragsrecht nehmen würde und auf diese Weise die Straftat einer Verfolgung entzogen würde. — Da nun das Einstellungsurteil den Gegenstand der Strafklage nicht erledigt, sondern nur eine Zurückweisung der Anklage enthält, kann es einer sachlichen Entscheidung nicht gleichgestellt werden. Eine Verfahrensbeendigung, die wegen rechtlicher Unmöglichkeit ohne Sachentscheidung erfolgt, soll keinen endgültigen Verzicht auf eine sachliche Aburteilung zur Folge haben; in ihr liegt vielmehr der Vorbehalt, nach Beseitigung des rechtlichen Hindernisses die ursprünglich ausgeschlossene Sachentscheidung folgen zu lassen. Gesetzliche Bestimmungen stehen dem nicht entgegen. Die Vorschriften des 4. Buches der Strafprozeßordnung, die den Umfang und die Grenzen der Rechtskraft einer sachlichen Entscheidung bestimmen, können nicht entgegengehalten werden. Denn der aus ihnen hergeleitete Grundsatz des Verbrauchs der Strafklage kann nur gelten, wenn die zur Hauptverhandlung gebrachte Tat sachlich erschöpfend geprüft worden ist und daraufhin eine sachliche Entscheidung ergeht. Wenn die Klage aber diese Prüfung nicht herbeiführen konnte, sondern das Verfahren vorzeitig abgebrochen werden mußte, kann sie nicht endgültig verbraucht sein. Dagegen spricht auch der Grundsatz, daß jede Straftat bestraft werden soll. Infolgedessen kann ein Einstellungsurteil nicht dieselbe Rechtskraft besitzen wie ein das Verfahren sachlich abschließendes Urteil [106]). — Eine Erneuerung des Verfahrens muß aber an bestimmte Voraussetzungen geknüpft werden. Sie sind in ihm selbst enthalten: die Beseitigung des Grundes, der zum Einstellungsurteil geführt hat, ist die Voraussetzung für ein neues Verfahren [107]). Neue Tatsachen oder Beweise, die den Verdacht der Täterschaft verstärken, bieten dagegen keinen Anlaß zu einem neuen Verfahren [108]). Darin liegt zugleich der Umfang der Rechtskraft des Einstellungsurteils. Sein unmittelbarer Inhalt wird rechtskräftig [109]),

106) Rosenberg 2. Buch 1. Abschnitt Note 23 e.
107) Stenglein § 259 Note 6.
108) Glaser in GrünhutsZ 12, 335.
109) Glaser in GrünhutsZ 12, 315, v. Kries Seite 601.

im Gegensatz zum Sachurteil, bei dem die Rechtskraft eine unbegrenzte Wirkung besitzt, die nur durch die Bestimmungen des 4. Buches über die Wiederaufnahme Ausnahmen erleidet. Wenn Beling meint, dem Formurteil komme nur eine Sperrwirkung zu, die nach Maßgabe ihres Inhalts zu bemessen sei, während es einer Rechtskraft nicht fähig sei[110]), so muß eingewendet werden, daß bis zum Nachweis der Beseitigung des Sachurteilshindernisses das Formurteil in gleicher Weise das Strafklagerecht verbraucht wie ein Sachurteil. Dies geschieht aber durch die Rechtskraftwirkung, wenn sie auch in ihrem Umfang weniger weit reicht als bei einem Sachurteil. — Da das Einstellungsurteil wegen fehlenden Antrags ergangen ist, ist die Voraussetzung für die Erneuerung der Klage der Nachweis eines wirksamen Strafantrags[111]). Der früher schon einmal gestellte Antrag, wegen dessen Zurücknahme das Einstellungsurteil ergangen ist, kann aber nicht erneuert werden. Diese Möglichkeit ist erschöpft, und dem wiederholten Antrag steht der Einwand der Rechtskraft entgegen[112]).

Da das Einstellungsurteil nur ausspricht, daß zur Zeit der Urteilsfällung der zur Strafverfolgung erforderliche Strafantrag nicht vorliegt, können andere Personen, die aus der gleichen Straftat zur Stellung eines Strafantrags berechtigt sind, einen Antrag stellen, ohne daß dieses Recht im Urteil ausdrücklich vorbehalten sein muß. Im § 260 wird keine Unterscheidung zwischen vorläufiger und endgültiger Einstellung gemacht. Die Möglichkeit einer Verfahrenserneuerung bleibt deshalb bestehen, solange die Straftat oder die Antragsberechtigungen nicht verjährt sind[113]).

Die Erneuerung des Verfahrens geschieht in den Formen der gewöhnlichen Klageerhebung. Das eröffnende und das erkennende Gericht haben nur außer den sonstigen Voraussetzungen zu prüfen, ob ein neuer, wirksamer Antrag vorhanden ist[114]); fehlt er, so ist das Verfahren einzustellen. Es handelt sich bei der Erneuerung aber nicht um eine Wiederaufnahme des eingestellten Verfahrens, die durch einfachen Beschluß nach Prüfung der Vorbedingungen erfolgen kann, wie es Stenglein annimmt[115]). Denn das durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossene Verfahren bleibt beendet; das neue Verfahren steht in keinem Zusammenhang mit dem früheren. Es liegt auch keine Wiederaufnahme im Sinne des 4. Buches der Strafprozeßordnung vor. Dies ist zwar möglich, wenn eine der Voraussetzungen zur Wiederaufnahme nach diesen Vor-

110) Beling Seite 271, Bennecke-Beling Seite 411.

111) Vgl. außer den bereits genannten Meinungen noch Rosenberg § 260 Note 7 c, John Band 2, Seite 663, Band 3, Seite 332 f., Lilienthal Seite 60, Recht 16 Nr. 530, RGR 3, 479 f.

112) GA 39, 438, RGS 36/65 f.

113) Rintelen Seite 192 Note c, Dalcke § 260 Note 43, Mamroth § 259 Note 7, John Band 3, Seite 331, Olshausen § 61 Note 57, RGS 4/211 f., RGR 3, 350 f.

114) v. Kries Seite 601.

115) Stenglein § 259 Note 6.

schriften vorhanden ist[116]). Aber die von RGS 7/155 ff. vertretene Ansicht, daß die Erneuerung nur in den Formen der §§ 359 ff. erfolgen könne, weil sonst der Angeklagte durch das Einstellungsurteil ungünstiger gestellt würde, als wenn die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt wäre, ist deshalb irrig, weil die Nachbringung des Antrags nicht unter die im § 362 genannten Gründe fällt, aus denen allein die Wiederaufnahme erfolgen darf[117]). Demnach bliebe die Erneuerung des Verfahrens bei Nachbringung eines Antrags ausgeschlossen. Da aber das Einstellungsurteil diese Wirkung nicht haben soll, sind die Vorschriften des 4. Buches unanwendbar. Es muß also, da kein besonderes Verfahren vorgeschrieben ist, das neue Verfahren durch Klageerhebung eingeleitet werden.

b) § 260 als allgemeine Einstellungsgrundlage.

I. Keine Einstellungsmöglichkeit aus sachlichen Gründen.

Es ist ausgeschlossen, daß in der Hauptverhandlung aus sachlichen Gründen eine Einstellung des Verfahrens erfolgt. Die sachlichen Gründe beziehen sich auf den Strafanspruch, der von der Staatsanwaltschaft mit der Klageerhebung geltend gemacht worden ist, und zwar betreffen sie die Strafbarkeit des Angeklagten. Da bei Bejahung der Strafbarkeit der Angeklagte verurteilt werden muß, ist bei ihrer Verneinung der zur Verurteilung geschaffene Wechselbegriff anzuwenden und hat Freisprechung zu erfolgen. Diese gesetzliche Möglichkeit enthält das Gebot zur Anwendung, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind. Das ergibt sich auch daraus, daß bei Einstellung die Frage nach der Strafbarkeit unbeantwortet bleibt; wenn diese Antwort aber gegeben werden kann, so muß sie gegeben werden. Hieraus folgt weiter, daß nur dann aus sachlichen Gründen freigesprochen werden darf, wenn allein diese Gründe der Verurteilung entgegenstehen. Wird die Verurteilung auch durch andere Umstände verhindert, so fehlt jede Möglichkeit zu einer Sachentscheidung und ist eine Freisprechung aus sachlichen Gründen ausgeschlossen. — Wenn sich in der Hauptverhandlung herausstellt, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte Straftat gar nicht begangen worden ist, sondern daß die Anklage auf einer irrigen Annahme der Staatsanwaltschaft beruhte, so hat dies nicht die Wirkung, daß damit dem Verfahren sein Gegenstand entzogen worden ist und somit eine sachliche Entscheidung nicht mehr möglich ist. Denn Gegenstand des Verfahrens ist nicht eine Handlung, die begangen sein muß, sondern eine in der Anklage und im Eröffnungsbeschluß angenommene Tat, die noch bewiesen werden muß. Im Hinblick auf diesen Gegenstand ist aber eine Entscheidung, die die Strafbarkeit verneint, sehr wohl möglich[118]).

116) v. Schwarze in HH Band 2, Seite 326.
117) Rosenberg 2. Buch 1. Abschnitt Note 23 e.
118) Beling Seite 106.

II. Einstellungen beim Fehlen von Sachurteilsvoraussetzungen.

In der Hauptverhandlung muß auf Einstellung des Verfahrens erkannt werden, wenn eine Verurteilung des Angeklagten aus förmlichen Gründen ausgeschlossen ist. Bei allen förmlichen Gründen beruht die Unmöglichkeit der Verurteilung auf dem allgemeinen Umstand, daß die Anklage sachlich nicht geprüft werden darf. Das Gericht ist also gezwungen, das Verfahren ohne Beantwortung der Frage nach dem staatlichen Strafanspruch zu beenden. Deshalb kann keine Freisprechung erfolgen. Denn sie ist immer Sachentscheidung. Das ergibt sich aus dem Sinn des Strafverfahrens. Die Staatsanwaltschaft hat Anklage erhoben, um eine sachliche Untersuchung durch das Gericht herbeizuführen; der Eröffnungsbeschluß ist erlassen worden, weil genügend Anhaltspunkte für eine sachliche Bejahung der Anklage vorgelegen haben. Falls der Strafanspruch in der Hauptverhandlung endgültig bejaht wird, muß Verurteilung erfolgen. Da die Hauptverhandlung aber ergeben kann, daß die Strafbarkeit des Angeklagten verneint werden muß, ist als Wechselbegriff zur Verurteilung im Gesetz die Freisprechung vorgesehen. Das Wesen der Freisprechung ist also die sachliche Verneinung des Strafanspruches. Darin liegt zugleich die Grenze ihrer Anwendungsmöglichkeit. Es kann also nicht freigesprochen werden, wenn keine sachliche Entscheidung ergehen darf. Da die förmlichen Gründe die Erreichung des sachlichen Zieles des Verfahrens verhindern, muß es abgebrochen werden. Die Form für den Abbruch des Verfahrens ist die Einstellung. Es muß also eine Formentscheidung erfolgen, wenn „das Prozeßverhältnis als nicht stichhaltig befunden wird“ [119]). Demnach ergibt sich, daß „der prozessuale Ausdruck für die Verneinung des staatlichen Strafanspruchs die Freisprechung, für das Dahingestelltseinlassen die Einstellung des Verfahrens ist“ [120]). — Diese Auffassung vom Wesen der Freisprechung wird von Glaser abgelehnt. Nach seiner Meinung ist das freisprechende Urteil „im Gegensatz zum verurteilenden wesentlich ein negatives: es spricht aus: daß der Anklage nicht stattgegeben, daß der Angeklagte von ihr freigesprochen wird. Es ist im Tenor stets dasselbe, welcher immer der zahlreichen möglichen Gründe es bewirkt, daß ein verurteilendes Erkenntnis nicht ergehen kann; einer derselben genügt, um die Prüfung des übrigen Prozeßmaterials entbehrlich zu machen, denn er genügt, um das ergehende Urteil zu rechtfertigen“ [121]). Hierin liegt jedoch eine Verkennung des Zusammenhangs zwischen Verurteilung und Freisprechung. Glaser gibt der Freisprechung einen Doppelsinn; sie soll nicht nur Sachentscheidung sein können, sondern auch Formentscheidung. Das ist aber nach dem ihr im Strafverfahren zugewiesenen Zweck ausgeschlossen. — Die Gründe, mit denen Hirsch-

119) Bennecke-Beling Seite 312, Beling Seite 103 f.
120) Rosenfeld § 10.
121) Glaser Seite 550 ff.; ebenso Fuchs in HH Band 2, Seite 105, ohne nähere Begründung.

feld[122]) seine Meinung über das umfassende Wesen der Freisprechung belegt, haben einen falschen Ausgangspunkt. Er verlangt Freisprechung, weil „die Ursache der Unmöglichkeit sachlicher Entscheidung nicht im Recht unmittelbar, sondern in einem Versehen des Anklägers" liegt. Daher erscheint es ihm unbillig, dem Angeklagten nicht die Rechtskraftwirkung einer Freisprechung zukommen zu lassen. Die Form einer Entscheidung kann aber nicht aus der Wirkung hergeleitet werden, die wünschenswert erscheint. Denn die Wirkung ist eine Folge der Entscheidung, deren Ursache in den sie bedingenden Umständen liegt. Daher kann durch diese Auffassung das Wesen der Freisprechung als sachlicher Entscheidung nicht berührt werden. — Überwiegend wird anerkannt, daß bei Fehlen einer Verurteilungsmöglichkeit aus förmlichen Gründen das Verfahren eingestellt werden muß[123]). Die förmlichen Gründe werden hierbei vielfach unter dem Sammelbegriff „Prozeßvoraussetzungen" zusammengefaßt, bei deren Fehlen Einstellung erfolgen muß[124]). Eine Abänderung und Erweiterung dieses Begriffes ist durch v. Kries erfolgt, der darauf aufmerksam gemacht hat, daß der Mangel mancher Prozeßvoraussetzungen geheilt wird, wie zum Beispiel die sachliche Zuständigkeit in der Richtung von oben nach unten, während im Laufe des Verfahrens neue Mängel auftreten können, die eine sachliche Entscheidung verbieten. Er hat daher den Begriff der „Urteilsvoraussetzungen" gebildet[125]). Der Ausdruck ‚Sachurteilsvoraussetzung' kann als treffender Sammelbegriff für die förmlichen Umstände, die Voraussetzung für eine sachliche Entscheidung sind, angesehen werden[126]).

III. Die Fälle der Unzulässigkeit des Verfahrens.

Die Einstellung hat bei Vorliegen solcher Umstände, die die Unzulässigkeit des Verfahrens bewirken, durch Urteil zu erfolgen. Das ergibt sich aus dem in § 260 ausgesprochenen Grundsatz, daß die Hauptverhandlung mit der Erlassung des Urteils schließt. Die Einstellung des Verfahrens ist ausdrücklich als ein möglicher Urteilsinhalt vorgesehen. Die im § 260 Abs. 3 genannten Fälle der Einstellung wegen fehlenden Antrags sind nur als Beispiele zu betrachten.

In den Fällen der Unzulässigkeit des Verfahrens steht ein förmliches Hindernis, das nicht durch einen Mangel des Verfahrens

---

122) in GA 62, 373 ff.
123) vgl. z. B. Kohlrausch § 260 Note 5, Dalcke § 260 Note 42.
124) Binding Seite 596, Rosenberg Seite 37, Oetker in GA 66, 521.
125) v. Kries Seite 580 ff. und in ZStRW 5, 31 ff.
126) So Graf zu Dohna Seite 179, Ullmann Seite 487 f., Feisenberger § 260 Note 6, Eisler in GrünhutsZ 17, 639.

selbst entstanden ist, einer sachlichen Aburteilung entgegen. Wenn feststeht, daß keine Verurteilung erfolgen kann, soll das Verfahren nicht erst eingeleitet werden. Die Anklageerhebung war daher in diesen Fällen nicht zulässig. Die Staatsanwaltschaft durfte das ihr aus einem bestimmten Verdacht erwachsene Strafklagerecht [127]) wegen dieses Hindernisses nicht ausüben. Der Ursprung für die Unzulässigkeit des Verfahrens liegt somit bereits in der Anklageerhebung.

aa) Form der Entscheidung.

Da im Absatz 3 des § 260 der Erlaß eines Einstellungsurteils in den Fällen des Antragsmangels angeordnet ist, ist die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des Einstellungsurteils abhängig von der rechtlichen Bedeutung des Antragserfordernisses. Zu dieser Frage wird von Birkmeyer die Auffassung vertreten, „daß der Antrag bei den Antragsverbrechen eine Bedingung der Strafbarkeit ist, also sein Mangel bewirkt, daß dem Verbrechen kein Strafanspruch korrespondiert" [128]). Er kommt daher zu dem Ergebnis, daß das Einstellungsurteil wegen fehlenden Antrags Sachurteil ist und deshalb alle im § 260 genannten Urteile in der Sache selbst entscheiden. Da er aber die Notwendigkeit einer Einstellung beim Fehlen von Urteilsvoraussetzungen anerkennt, folgert er, daß in solchen Fällen die Hauptverhandlung durch einen Beschluß beendet werden muß [129]). Den Beweis für die Richtigkeit dieser Meinung sieht er in § 270. „Man darf den § 270 nicht als Singularität hinstellen und etwa behaupten: Sobald einmal in das Hauptverfahren eingetreten ist, muß der Prozeß unter allen Umständen, mit Ausnahme des Falles des § 270, durch Urteil erledigt werden ... Ein Urteil verlangt bei richtiger Auslegung der § 260 auch für die Hauptverhandlung nur, wenn über den Strafanspruch selbst entschieden werden soll" [130]). Dieser Auffassung über die Bedeutung des Antrags kann nicht gefolgt werden. Die Strafbarkeit einer Handlung entsteht mit ihrer Begehung. Ob der hieraus folgende Strafanspruch durchgesetzt werden kann, hängt bei Antragsstraftaten von der Stellung des Antrags ab. Birkmeyers Meinung führt zu dem Ergebnis, daß die Strafbarkeit des Täters nicht durch eine eigene Handlung begründet wird, sondern durch eine von ihm völlig unabhängige fremde Handlung, die Stellung des Antrags. Eine derartige Wirkung des Strafantrags ist ausgeschlossen. Er hat nur die Bedeutung, eine Hemmung der Durchsetzung des vorhandenen Strafanspruches zu beseitigen. Auch der Inhalt der Entscheidung weist darauf hin, daß der Antrag keine Bedingung der Strafbarkeit sein kann. Eine Sachentscheidung kann die Strafbarkeit bejahen

127) Singewald im GerS 81, 350.
128) Birkmeyer Seite 668 f.
129) Birkmeyer Seite 469.
130) Birkmeyer Seite 662 f.

oder verneinen. Das geschieht durch Verurteilung oder Freisprechung. Weitere Urteilsformen sind für eine Sachentscheidung nicht nötig. Darum kann auch aus dem Bestehen des Einstellungsurteils geschlossen werden, daß es keine Sachentscheidung ist[131]).

Es ist eine weitere Frage, ob das Formurteil des § 260 Abs. 3 eine Ausnahme darstellt, so daß andere Formentscheidungen regelmäßig als Beschlüsse zu ergehen haben, oder ob der Grundsatz besteht, daß eine Hauptverhandlung immer mit einem Urteil abgeschlossen werden muß und das Einstellungsurteil bei fehlendem Antrag nur als Beispiel genannt wird. — Von Glaser, der auch die Auffassung vertritt, daß eine Freisprechung keine reine Sachentscheidung, sondern nur eine Ablehnung der Anklage ist, wird die Meinung vertreten, daß „die Hauptverhandlung abgebrochen werden muß, wenn Gründe hervortreten, welche deren Abhaltung überhaupt rechtlich unzulässig machen“[132]). Hierzu zählt er aber nur solche Umstände, bei denen ein weiteres Vorgehen des Gerichts ungesetzlich wäre, und die deshalb keinen anderen Ausweg als den Abbruch des Verfahrens zulassen[133]). In diesen Fällen, „wo sich der ordnungsmäßigen Beendigung der Hauptverhandlung Hindernisse entgegenstellen“, soll eine Einstellung erfolgen, die aber nur in Beschlußform ergehen kann[134]). In allen anderen Fällen soll die Hauptverhandlung ordnungsgemäß durch eine Freisprechung abgeschlossen werden. — Ebenso hält John die im § 260 Abs. 3 vorgesehenen Fälle für die einzigen, bei denen auf Einstellung des Verfahrens im Sinne des § 260 erkannt werden darf. Er begründet dies mit der Änderung, die in der gesetzlichen Fassung gegenüber dem Entwurf vorgenommen worden ist[135]). Er sieht aber auch keine Möglichkeit, das Verfahren durch Beschluß einzustellen[136]). Als Abschlußmöglichkeiten für die Hauptverhandlung kennt er nur folgende Mittel: „Zunächst das Urteil (§ 260), sodann den nach § 270 zu fassenden Beschluß und endlich die Aussetzung des Verfahrens (z. B. §§ 228, 246 Abs. 2, 262 Abs. 2, 265). Mit diesen Mitteln hat das Gericht der Hauptverhandlung auszukommen, um der ihm obliegenden Aufgabe, nämlich der Erledigung des rechtskräftig gewordenen Eröffnungsbeschlusses, zu genügen“[137]). Demnach soll stets Freisprechung erfolgen, mit Ausnahme der Fälle, in denen jede Verhandlung ausgeschlossen ist.

Glaser und Jahn sehen zwar im Einstellungsurteil gemäß § 260 Abs. 3 kein Sachurteil, aber sie schließen seine entsprechende Anwendung aus. Sie kommen jedoch nicht zu dem Schluß, daß das Verfahren in den Fällen der Unzulässigkeit durch Beschluß abzu-

131) Singewald im GerS 81, 380 f., Bennecke-Beling Seite 314.
132) Glaser Seite 535 f.
133) Glaser Seite 449.
134) Glaser Seite 543 f.
135) John Band 3, Seite 328.
136) John Band 2, Seite 745.
137) John Band 2, Seite 658 f.

brechen sei, weil sie die Freisprechung nicht als eine Sachentscheidung ansehen und deshalb auch nicht die Notwendigkeit einer Einstellung in diesen Fällen anerkennen. Da diese Meinung über die Freisprechung nicht anerkannt werden kann, das Verfahren bei Unzulässigkeit vielmehr immer eingestellt werden muß, können die bei ihnen vorgesehenen Ausnahmefälle nicht als Maßstab für die allgemein zu beobachtende Form gelten. Sie zeigen aber, daß besondere Abbruchsmöglichkeiten nicht entbehrt werden können.

Beling ist der Meinung, daß die Verfahrensbeendigung bei Formentscheidungen grundsätzlich durch Beschluß zu erfolgen hat[138]). Er schließt dies daraus, „daß prozeßerledigende Formalentscheidungen im allgemeinen ihrem Wesen nach überhaupt nicht in die Hauptverhandlung gehören: dieses ist auf Sachentscheidung angelegt, jene aber versperren den Weg zur Sachentscheidung und erfüllen deshalb ihren Beruf am besten, wenn sie das Hauptverfahren hindern. Kommt es erst im Hauptverfahren zu solcher Formalerledigung, so bedeutet das, daß das Hauptverfahren zwecklos aufgewendet worden ist, regelmäßig sogar, daß es unzulässig war. Weshalb nun eine Entscheidung, die eigentlich schon vorher erwünscht gewesen wäre, dadurch an Bedeutsamkeit gewönne, daß sie sich verspätet, weshalb also einem zwecklosen oder gar unzulässigen Hauptverfahren zuliebe Urteilsform geboten sein soll, ist nicht einzusehen“[139]). Deshalb sind „die Urteile im Strafprozeß grundsätzlich ‚Sachurteile‘. ‚Formalurteile‘, Entscheidungen, die das Bestehen oder Nichtbestehen eines Prozeßverhältnisses entscheiden, sind der StPO im Prinzip unbekannt“[140]). Nur in Ausnahmefällen „sind die Prozeßvoraussetzungen zwar Sachurteilsvoraussetzungen, aber nicht Formalurteilsvoraussetzungen“[141]). Diese Fälle sind nur die in den §§ 260 Abs. 3, 389 und 418 vorgesehenen Einstellungsurteile. Diese Ausnahmen von der Regel beruhen nach Belings Ansicht auf Kurzsichtigkeit. Im Falle des Antragsmangels ist die Anordnung eines Einstellungsurteils dadurch entstanden, daß die ungleiche Anfechtbarkeit von Entscheidungen, die durch Beschluß das Vorliegen eines Antrags verneinen, gegenüber Entscheidungen, die durch Urteil sein Vorliegen bejahen, beseitigt werden sollte. Denn im ersten Falle könnte die Entscheidung nur mit der Beschwerde, im zweiten dagegen mit der Berufung oder Revision angefochten werden. Nach Belings Auffassung ist aber „die Ungleichheit tief im Wesen des Prozesses begründet. Die gleiche Argumentation trifft auf jede Prozeßvoraussetzung zu“[142]). Auch aus dem Sinn des Einstellungsurteils gemäß § 260 Abs. 3 eine entsprechende Anwendbarkeit dieser Vorschrift zu folgern, lehnt Beling ab. „Denn daß für die hier erwähnten Fälle der Verfahrenseinstellung wegen Fehlens

138) Bennecke-Beling Seite 314.
139) Beling Seite 226 f. und in JW 1928, Seite 2249; 1929, Seite 1057.
140) Bennecke-Beling Seite 380.
141) Bennecke-Beling Seite 381 f.
142) Bennecke-Beling Seite 381 ff.

eines Strafantrags Urteilsform geboten ist, erklärt sich ohne weiteres daraus, daß diese Art ‚Formal'entscheidung eine verkappte Sachentscheidung (eine Freisprechung mit Vorbehalt, eine Verneinung der Strafbarkeit unter allen ‚Offizial'-Gesichtspunkten unter formaler Einstellung bloß unter dem Antragsdeliktsgesichtspunkt) ist" [143]). Er stellt deshalb als Regel auf, daß Formentscheidungen in Beschlußform zu ergehen haben. Dies soll auch für die Einstellung in der Revisionsinstanz gelten [144]). — Von Sauer wird aus Zweckmäßigkeitserwägungen vorgeschlagen, die Urteilsform der Sachentscheidung vorzubehalten, in allen anderen Fällen dagegen durch einen Beschluß zu entscheiden. Er hält dies für angebracht, weil so dem Gedanken der Rechtskraft entsprochen würde, „da ja nur sachgestaltende Entscheidungen der Rechtskraft teilhaftig sein sollen. Dann würden nur die Urteile rechtsfähig sein". Es erscheint ihm aber erwägenswert, die Einstellungsurteile auf die „Verfolgung" auszudehnen, also auf die Fälle, in denen die Verfolgung und damit das Verfahren unzulässig ist [145]).

Diesen Auffassungen kann nicht gefolgt werden. Die Hauptverhandlung ist eingeleitet worden, damit das Verfahren zu seinem Ziele geführt werden kann, also die Anklage geprüft und bei ihrer Bejahung der Angeklagte verurteilt werden kann. Aber auch wenn die Anklage nicht bejaht werden kann, muß in der Hauptverhandlung stets der Eröffnungsbeschluß erledigt und das Verfahren für diese Instanz beendet werden. Dies kann durch Sachentscheidung oder durch Formentscheidung geschehen [146]). — Durch § 260 ist bestimmt, daß die Erledigung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung durch Urteil zu erfolgen hat. Allerdings gibt es auch Fälle, in denen eine Hauptverhandlung durch Beschluß beendet wird. Es handelt sich in diesen Fällen aber nicht um einen Abschluß des Verfahrens für die Instanz, sondern um eine zeitweilige Aussetzung. Wenn wegen Fehlens der sachlichen Zuständigkeit keine Entscheidung erfolgen kann, so wird der Eröffnungsbeschluß nicht erledigt, sondern das Verfahren gemäß § 270 an ein anderes Gericht weitergeleitet. Diese Vorschriften können daher nicht zum Nachweis dafür herangezogen werden, daß die Einstellung aus förmlichen Gründen durch Beschluß zu erfolgen hat. — Auch der Einwand, daß das Verfahren wegen seiner Unzulässigkeit gar nicht bis zur Hauptverhandlung hätte gelangen dürfen, kann das Erfordernis der Urteilsform nicht entkräften. Denn die Tatsache wird damit nicht beseitigt, daß das Verfahren doch zur Hauptverhandlung gelangt und dadurch der Grundsatz der urteilsmäßigen Beendigung wirksam geworden ist. Auch die Forderung nach Gleichartigkeit der Anfechtung muß zur Urteilsform führen. Denn es erscheint angebracht, auch bei Einstellungen aus förmlichen Gründen

143) Beling Seite 226 f.
144) Bennecke-Beling Seite 593 Anm. 25.
145) Sauer Seite 411.
146) Gerland Seite 371.

den ordentlichen Instanzenzug zur Nachprüfung der Entscheidung zu eröffnen und die wichtigen Fragen über die Zulässigkeit des Verfahrens nicht den oberen Gerichten zu entziehen. — Die im § 260 Abs. 3 genannte Einstellung wegen fehlenden Antrags bei Antragsstraftaten kann nicht als Sonderfall betrachtet werden, der abweichend von der Regel ein Urteil verlangt. Zwar ergibt sich aus der im § 264 angeordneten allgemeinen Prüfungspflicht, daß das Einstellungsurteil wegen Antragsmangels in Beziehung auf von Amts wegen zu verfolgende strafbare Handlungen die Wirkung einer Freisprechung hat. Dadurch wird aber nichts an dem förmlichen Wesen dieser Entscheidung in Bezug auf die Antragsstraftat geändert. Die freisprechende Nebenwirkung wird nicht durch das Einstellungsurteil erzeugt, sondern sie ist ausschließlich ein Ausfluß aus § 264. — Auch aus den Vorschriften der §§ 389 und 418, die für bestimmte Fälle Einstellungsurteile anordnen, kann nicht entnommen werden, daß die Urteilsform bei den Einstellungen eine Ausnahme ist. Denn der Zweck dieser Bestimmungen liegt darin klarzustellen, daß das Verfahren eingestellt werden soll. In diesen Fällen mußte geklärt werden, daß bei fehlender Privatklagefähigkeit oder Polizeifähigkeit das Verfahren nicht fortgesetzt werden darf. Da im Gesetz für die Einstellung die Hauptverhandlung gewählt ist, ist die regelmäßige Urteilsform vorgesehen. — Es ist daher abschließend festzustellen, daß die Hauptverhandlung grundsätzlich mit einem Urteil beendet werden muß, wenn das Verfahren in der Instanz abgeschlossen werden soll, und daß diese Regel auch auf die Einstellungen wegen förmlicher Sachurteilshindernisse nach Maßgabe des § 260 anzuwenden ist[147]). Diese Auffassung wurde auch in den Entwürfen vertreten, die bei Unzulässigkeit des Verfahrens die Einstellung durch Urteil anordneten[148]).

bb) Einzelfälle der Unzulässigkeit.

Die Möglichkeit einer Anwendung des Einstellungsurteils gemäß § 260 ist also vorhanden. Die Fälle, in denen diese Anwendbarkeit gegeben ist, müssen aus den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen hergeleitet werden. Zunächst ist die Frage zu beantworten, ob bei Unzulässigkeit des Verfahrens die Einstellung durch Urteil zu erfolgen hat. Das Fehlen des Antrags macht das Verfahren unzulässig, weil eine sachliche Entscheidungsmöglichkeit ausgeschlossen ist. Es fehlt das von Singewald geforderte Strafklagerecht[149]). Es ist aber der allgemeine Grundsatz zu beachten, daß ein Urteil nur erlassen werden darf, wenn der Eröffnungsbeschluß erledigt werden soll. Dies trifft auf die Fälle der Unzulässigkeit des Verfahrens zu, die eine sachliche Entscheidung verbieten. Da-

147) Gerland Seite 278, Kohlrausch § 260 Note 2, Feisenberger § 260 Note 3, Singewald im GerS 81, 384 f.

148) Entwurf 1908 § 254, Entwurf 1920 § 256 Abs. 2.

149) im GerS 81, 388.

her ist bei allen Umständen, die das Verfahren unzulässig machen und die eine Sachentscheidung ausschließen, die Einstellung des Verfahrens durch Urteil gemäß § 260 geboten[150]).

Es ist nunmehr festgestellt, daß in der Hauptverhandlung ein Urteil auf Einstellung des Verfahrens erlassen werden muß, wenn das Verfahren wegen Fehlens einer Verfahrensvoraussetzung unzulässig ist. Über die Fälle, die zu den Verfahrensvoraussetzungen zu zählen sind, bestehen aber erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Bei manchen der Umstände, die oben (Seite 17 f.) zu den die Unzulässigkeit des Verfahrens bewirkenden gerechnet worden sind, wird verschiedentlich die Auffassung vertreten, daß sie Veranlassung zu einer Freisprechung bieten. — Bei der Prüfung der Fälle ist zu beachten, daß die Freisprechung als Wechselbegriff zur Verurteilung eine Sachentscheidung ist und deshalb nur dann erfolgen darf, wenn sie auf Grund einer Sachprüfung ergeht. Jeder Umstand, der eine Sachprüfung ausschließt, verbietet also die Freisprechung und macht das ganze Verfahren unzulässig.

Der bereits erfolgten rechtskräftigen Aburteilung wird von v. Kries die Wirkung beigelegt, daß der strafrechtliche Anspruch untergegangen ist. Wenn festgestellt wird, daß schon ein Urteil in der gleichen Sache vorliegt, soll deshalb Freisprechung des Angeklagten erfolgen[151]). Dagegen muß eingewendet werden, daß durch die rechtskräftige Entscheidung jedem weiteren Verfahren „ein Riegel vorgeschoben" ist[152]). Eine neue Freisprechung ist zudem bedeutungslos, wenn das vorhergehende Urteil schon auf Freisprechung lautete, während sie zu einem Widerspruch führt, wenn der Angeklagte durch die Vorentscheidung verurteilt worden war[153]). Vor allen Dingen ist der Grundsatz zu beachten, daß über jede Straftat nur einmal verhandelt und entschieden werden darf. Daraus folgt, daß bei Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils jede Sachprüfung ausgeschlossen ist. Dann muß aber das Verfahren wegen Unzulässigkeit eingestellt werden[154]).

Für den Fall der Rechtshängigkeit wurde von Beling die Ansicht vertreten, daß das Gericht die Durchführung eines neuen Verfahrens ablehnen darf, aber nicht muß. Er begründete dies damit,

150) Graf zu Dohna Seite 81, Gerland Seite 371 f., Rosenfeld 1926 5, 41, Rintelen Seite 147 ff., Binding Grundriß Seite 156, Rosenberg Seite 37, Band 2, Seite 46 f., Ullmann Seite 487 f., v. Kries Seite 580 ff. und in ZStRW Rosenberg 1933 § 260 Note 3 c, Kohlrausch § 260 Note 5, Dalcke § 260 Note 42, Feisenberger § 260 Note 6, Puchelt § 259 Note 3, Lilienthal Seite 50, Goldschmidt Seite 412, Oetker in GA 66, 521, Risch im GerS 36, 259 ff., RGS 41/153 ff.

151) v. Kries in ZStRW 5, 12.

152) Rosenfeld § 87 Note I.

153) Beling Seite 276 f.

154) Gerland Seite 372, Rintelen Seite 147, Rosenberg 1933 § 260 Note 3 c, Feisenberger Gerichtsbarkeit Seite 174 Note 28, Mamroth § 263 Note 6 h, Singewald im GerS 81, 390, RGS 18/272 f., 35/369 ff., 43/168 f., RGR 5, 55 ff.

daß gemäß § 12 nicht mit der Rechtshängigkeit, sondern erst mit der Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung ein weiteres Verfahren unstatthaft werde; diese Eröffnung könne aber von einem Gericht beschlossen werden, bei dem die Sache später rechtshängig geworden sei als bei dem anderen[155]). Beling hat diese Meinung jedoch später aufgegeben und erklärt, daß die Rechtshängigkeit grundsätzlich einem zweiten Verfahren entgegenstehe. Da er aber § 12 beachten muß, kommt er zu dem Ergebnis, daß „in den nicht durch § 12 gedeckten Fällen das auf die zweite Klage hin eröffnete Verfahren durch Einstellung zu beenden ist. Andernfalls hat das erste Gericht unter den Voraussetzungen des § 12 einzustellen“[156]). Dem ist zuzustimmen. Denn „wie der Grundsatz des ne bis in idem bezüglich des Verbrauchs der Strafklage in Geltung steht, ohne in der Strafprozeßordnung ausdrücklich ausgesprochen zu sein, so auch der ihm verwandte Grundsatz, daß die Rechtshängigkeit der Strafklage bei einem Gericht der Anhängigmachung derselben Sache bei einem anderen Gericht entgegensteht. Daraus folgt ohne weiteres, daß, wenn unter Verletzung dieses Grundsatzes, dennoch die Strafsache bei dem später angerufenen Gericht gleichzeitig anhängig gemacht worden sein sollte, dieses das bei ihm schwebende Verfahren einzustellen hat, wenn es von der Rechtshängigkeit Kenntnis erhält“[157]). Da jedoch der durch eine frühere Eröffnung begründete Vorzug nicht berührt werden soll, hat bei Rechtshängigkeit die Einstellung unter Beachtung des § 12 zu erfolgen[158]). Ein neues Verfahren ist bei Rechtshängigkeit also unzulässig[159]). Wenn das Gericht zwei gleichzeitig anhängige Verfahren über dieselbe Straftat gemäß § 237 miteinander verbunden hat, so muß es durch Urteil das zweite Verfahren als unzulässig einstellen. Denn durch die Verbindung ist aus den beiden nicht ein Strafverfahren geworden[160]). Schließlich muß geprüft werden, ob die beiden rechtshängigen Straftaten die gleichen sind. Denn wenn von einer Sammelstraftat oder einem fortgesetzten Verbrechen eine einzelne Handlung rechtshängig ist, so wird diese von der umfassenderen Anklage einbezogen und muß trotz früherer Eröffnung der Untersuchung eingestellt werden[161]).

Bei Exterritorialität wird nur von John die Einstellung des Verfahrens abgelehnt. Nach seiner Auffassung muß nach einem Eröffnungsbeschluß unter allen Umständen eine Hauptverhandlung stattfinden. Bei Nichterscheinen des Angeklagten soll jedoch seine Vorführung ausgeschlossen sein und die Entscheidung in seiner Abwesenheit zu ergehen haben. Das Urteil soll in diesem Falle auf

155) Bennecke-Beling Seite 481.
156) Beling Seite 219 f.
157) RGS 29/178 ff.
158) Mamroth § 263 Note 6 k.
159) Gerland Seite 318, Rintelen Seite 147, Rosenberg 1933 § 260 Note 3 c, Dalcke § 260 Note 42, RGS 55/187.
160) RGS 46/217 f.
161) RGS 41/109 f., 67/53 ff.

Freisprechung lauten, weil ein Exterritorialer von keinem deutschen Gericht verurteilt werden darf[162]). Glaser dagegen, der grundsätzlich auch die Freisprechung als Ablehnung der Anklage ansieht, erachtet das Verfahren gegen einen Exterritorialen für rechtlich unzulässig und hält deshalb Einstellung für angebracht[163]). Das gleiche gilt auch für die Militäreigenschaft. Da die passive Parteifähigkeit der Exterritorialen und der Militärpersonen fehlt[164]), können sie nicht vor die ordentlichen Gerichte gezogen werden. Daher ist jedes Verfahren gegen sie unzulässig[165]).

Der Strafunmündige wird von v. Kries für prozeßfähig gehalten, so daß in einem Verfahren gegen ihn Freisprechung erfolgen muß[166]). Auch Beling vertrat ursprünglich diese Ansicht[167]). Er folgert aber später „aus der strafrechtlichen Regelung den Prozeßrechtssatz, daß schon die Aufwerfung der Frage nach der Strafbarkeit sinnlos ist, wenn der Betreffende noch jetzt nicht einmal 14 jährig ist, d. h. also daß keine Prozeßfähigkeit solcher Individuen vorhanden ist“[168]). Auch Glaser ist der Meinung, daß der „Strafprozeß zwecklos und darum unzulässig ist“, sobald die Strafunmündigkeit feststeht[169]). Dies ist zutreffend, weil es ausgeschlossen werden sollte, daß gegen Kinder ein Strafverfahren stattfindet. Ein trotzdem eingeleitetes Verfahren ist unzulässig[170]).

Sehr umstritten ist die Frage, was bei Verjährung zu geschehen habe. Binding schließt aus § 263 Abs. 3, daß bei Verjährung ein Sachurteil zu ergehen habe. Denn „§ 263 behandelt gerade die Findung des Sachurteils und stellt fest, daß die Frage der Verjährung zur Schuldfrage nicht gehöre. Es verliert also das Gericht nur sein Recht auf bejahendes Sachurteil; und dieses ist durchaus sachgemäß. Da es freizusprechen hat, muß als Folge der Verjährung des Strafklagerechts wie des Verurteilungsrechts das Strafrecht selbst als untergegangen betrachtet werden“[171]). Auch v. Kries hält bei Verjährung Freisprechung für erforderlich, weil nach seiner Ansicht der Strafanspruch infolge des Zeitablaufs wieder erlischt[172]). Mit der gleichen Begründung setzt sich Oetker für Freisprechung ein[173]). Das Reichsgericht hat ebenfalls in früheren Entscheidungen die Mei-

---

162) John Band 2, Seite 662.
163) Glaser Seite 195, 535.
164) Fräb Seite 30.
165) Bennecke-Beling Seite 38 Note 19, Seite 39, Binding Seite 685, v. Kries in ZStRW 5, 9, Rintelen Seite 147, Oetker in GA 66, 521, Singewald im GerS 81, 390, RGS 17/51, 50/23.
166) v. Kries in ZStRW 5, 10.
167) Bennecke-Beling Seite 116.
168) Beling Seite 127.
169) Glaser Seite 195 ff.
170) Kohlrausch § 260 Note 5, Tosetti im GerS 74, 95, Singewald im GerS 81, 390.
171) Binding Seite 830, Grundriß Seite 150.
172) v. Kries in ZStRW 5, 12.
173) Oetker in GA 66, 521 und im 3. Band von Glasers Handbuch des Strafprozesses S. 354 Note 21.

nung vertreten, daß durch die Verjährung „der Wegfall des materiellen Rechts des Staates zur Strafverfolgung, des staatlichen Strafanspruches selbst und damit der Strafbarkeit der an sich von dem Gesetz unter Strafe gestellten Tat" bewirkt wird[174]). John, der sonst durchweg für Freisprechung eintritt, hält dagegen in diesem Falle eine besondere Urteilsform für vorgeschrieben. Er leitet aus dem Gesetz die Formel her, daß die Strafverfolgung für ausgeschlossen erklärt werde[175]). Für die Entscheidung ist es aber unerheblich, ob der Strafanspruch durch Verjährung getilgt wird oder nicht. Maßgebend ist die Wirkung, die die Verjährung auf das Verfahren hat. Da durch die Verjährung die Strafverfolgung ausgeschlossen ist, so darf über eine verjährte Tat kein Verfahren eingeleitet werden. § 263 erbringt keinen Gegenbeweis. In dieser Vorschrift wird nur angeordnet, daß über die Voraussetzungen der Verjährung mit einfacher Mehrheit abgestimmt werden soll. Liegen diese Voraussetzungen vor, dann darf keine sachliche Prüfung mehr erfolgen. Binding erklärt selbst, daß durch die Verjährung das Strafklagerecht untergegangen sei. Beim Fehlen des Strafklagerechts ist aber jede Sachentscheidung ausgeschlossen. Es ergibt sich daher, daß die Verjährung die Unzulässigkeit des Verfahrens bewirkt und deshalb Einstellung zu erfolgen hat[176]). Diese Ansicht wird heute auch vom Reichsgericht vertreten[177]).

Wenn bei der Verfolgung eines Ausgelieferten sich herausstellt, daß nach dem Auslieferungsvertrag keine Verurteilung erfolgen darf, so ist jede Sachentscheidung ausgeschlossen. Das Verfahren ist unzulässig und muß eingestellt werden[178]).

Beim Fehlen des Eheurteils in den Fällen der §§ 171, 172 und 238 StGB hält Glaser eine Aussetzung der Hauptverhandlung für angebracht, „wenn eine Verhandlung im Zuge ist, welche ein solches Urteil erwarten läßt; wo nicht, fehlt es nicht an einer Bedingung der ‚Verfolgbarkeit', sondern der ‚Strafbarkeit', und es ist freizusprechen"[179]). Das Eheurteil ist aber nicht als eine Bedingung der Strafbarkeit anzusehen. Denn nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen wird die Durchsetzung des Strafanspruches von der Auflösung der Ehe abhängig gemacht. Vorher ist die Verfolgung ausgeschlossen. Die Strafbarkeit ist aber mit der Begehung der Tat entstanden. Vor Erlaß des Eheurteils ist das Verfahren also unzulässig[180]).

---

174) RGS 12/436; ebenso für Freisprechung Bennecke-Beling Seite 380 ff., Birkmeyer Seite 668 f., Keller § 259 Note 7, RGR 4, 596.

175) John Band 3, Seite 321; ebenso Isenbarth-Sammter § 259 Note 167.

176) Gerland Seite 372, Rintelen Seite 147, Rosenberg 1933 Seite 44, § 260 Note 3 c, Dörr zu § 260 Abs. 2, Mamroth § 263 Note 6 b, Stenglein § 181 Note 8 g, Risch im GerS 36, 263 Anm. 26, Singewald im GerS 81, 390.

177) RGS 15/240 f., 41/167 f.

178) Gerland Seite 377 f., Rintelen Seite 147, Dörr zu § 260 Abs. 2, RGS 45/281 f.

179) Glaser Seite 552 f.

180) Gerland Seite 372, Dörr zu § 260 Abs. 2, Singewald im GerS 81, 390.

Abschließend muß festgestellt werden, daß die Aufzählung und Untersuchung der Fälle der Unzulässigkeit des Verfahrens lückenhaft sein muß. Denn bei der Fülle der Möglichkeiten können Umstände übersehen werden, die die Unzulässigkeit des Verfahrens zur Folge haben. Ihre Zugehörigkeit kann aber durch Vergleichung mit den behandelten Fällen unter Beachtung des allgemeinen Grundsatzes geprüft werden, daß eine Freisprechung immer nur auf Grund sachlicher Prüfung der Straftat erfolgen darf.

cc) Erlaß und Wirkung der Entscheidung.

Die Entscheidung hat stets auf ‚Einstellung des Verfahrens' zu lauten. Von Stenglein wird allerdings behauptet, daß auch auf Unzulässigkeit weiterer Verfolgung erkannt werden kann, während die Einstellung nur bei möglicherweise zu behebenden Hindernissen der Aburteilung angewendet werden soll[181]). Auch Isenbarth-Sammter sehen im § 260 nur die Regel, neben der Ausnahmen zulässig sind[182]). Birkmeyer will die Abweisung je nach der fehlenden Verfahrensvoraussetzung verschieden fassen: „Die Klage, der Antrag, das Rechtsmittel kann ‚als unzulässig', ‚als in der gewählten Prozeßart unstatthaft' verworfen, ‚von hier', ‚angebrachtermaßen' abgewiesen werden"[183]). Aus Zweckmäßigkeitserwägungen hält Sauer es für angebracht, daß in der Einstellung zugleich zum Ausdruck gebracht wird, aus welchen Gründen sie erfolgt[184]). Das Reichsgericht gibt ebenfalls in verschiedenen Fällen dem Urteil einen von § 260 abweichenden Inhalt[185]). Solche Abweichungen finden im Gesetz keine Stütze. Sie sind zudem völlig unnötig. Denn die Unzulässigkeit des Verfahrens muß stets zu einer Formentscheidung führen, für die im Gesetz als Urteilsformel die ‚Einstellung des Verfahrens' vorgesehen ist. Mit dieser Formel kann allen Fällen genügt werden. Der Grund für die Einstellung gehört in die Urteilsbegründung[186]).

Die Umstände, die das Verfahren unzulässig machen, müssen vom Gericht in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen beachtet werden. Eine besondere Rüge durch den Angeklagten ist nicht erforderlich[187]). Das folgt daraus, daß diese Umstände jede Sachprüfungsmöglichkeit ausschließen. Da aber diese Hindernisse nicht nur dem Schutz des Angeklagten, sondern ebenso der Allgemeinheit dienen sollen, kann auf ihre Geltendmachung nicht verzichtet

---

181) Stenglein § 259 Note 2.
182) Isenbarth-Sammter § 259 Note 167.
183) Birkmeyer Seite 571 f.
184) Sauer Seite 519 f.; vgl. auch v. Kries Seite 582, Rosenberg 1933 § 260 Note 3 c, Dalcke § 260 Note 42, Feisenberger Gerichtsbarkeit Seite 174 Note 28, Mamroth § 263 Note 6 h, Keller § 259 Note 4.
185) RGS 1/48, 9/15, 18/273, 35/370, 43/169, RGR 5, 56.
186) Beling Seite 228 und in JW 1928, 2249, Singewald im GerS 81, 378.
187) Beling Seite 104, Rosenfeld § 87 Note I, Ullmann Seite 487, Mamroth § 263 Note 6 f.

werden und ist das Gericht ohne weiteres zu ihrer Berücksichtigung verpflichtet. — Das Gericht ist daher auch nicht an die Grundsätze der Mündlichkeit und der Öffentlichkeit gebunden, wenn die Verfahrensvoraussetzungen nachgeprüft werden sollen. Etwaige Anträge der Parteien, die die Klärung fördern sollen, brauchen nur als Anregungen gewertet zu werden; sie brauchen aber nicht berücksichtigt zu werden [188]). Aus dem Ausschluß jeder Sachentscheidungsmöglichkeit folgt, daß auch das Revisionsgericht die Zulässigkeit des Verfahrens jederzeit zu prüfen hat. Es hat hierzu ebenso wie die Untergerichte nötigenfalls eigene Ermittlungen anzustellen. Die Gründe, auf die die Revision gestützt worden ist, sind für die Prüfungspflicht des Revisionsgerichts unerheblich [189]).

Das Verfahren braucht nach Klärung der Frage seiner Unzulässigkeit und ihrer Bejahung nicht weiter durchgeführt zu werden. Insbesondere ist nach dieser Feststellung keine weitere Beweisaufnahme mehr zulässig. Denn da die sachliche Entscheidung ausgeschlossen ist, ist auch jede Sachprüfung unzulässig. Rintelen verlangt nach Feststellung des Einstellungsgrundes noch eine förmliche Schlußverhandlung mit den Parteien [190]). Dies ist aber unnötig; denn die Vorschrift des § 258 gilt nur, wenn eine sachliche Entscheidung erlassen werden soll. Das folgt daraus, daß das Einstellungsurteil nach Beginn der Hauptverhandlung ohne jede Beweisaufnahme ergehen kann, wenn sich sogleich das Vorliegen eines Verfahrenshindernisses herausgestellt hat, während die Vorschrift des § 258 anordnet, daß den Parteien das Recht zu ihren Schlußvorträgen nach Abschluß der Beweisaufnahme zusteht. Bei Verjährung braucht keine weitere Sachprüfung unter dem Gesichtspunkt eines schwereren, noch nicht verjährten Verbrechens zu erfolgen, es sei denn, daß überhaupt eine schwerere Bewertung der Tat erörtert worden ist. Denn andernfalls ist es augenscheinlich, daß nach der Sachlage die Straftat verjährt ist, und die bloße Möglichkeit einer anderen Bewertung kommt für eine Fortführung des Verfahrens nicht in Betracht [191]). Daher braucht beim Vorliegen der Voraussetzungen für ein Formurteil die Beweisaufnahme nur über diese Vorfrage durchgeführt zu werden [192]).

Für die Anfechtbarkeit eines Einstellungsurteils wegen Unzulässigkeit des Verfahrens sind die gleichen Erwägungen wie beim Einstellungsurteil wegen fehlenden Antrags maßgebend (Vgl. oben Seite 22).

Auch bezüglich der Rechtskraftwirkung kann auf das Einstellungsurteil wegen fehlenden Antrags hingewiesen werden (Seite 22 ff.). Hier kommt allerdings nicht die Erwägung in Betracht,

---

188) Rosenberg 1933 Seite 27 f.
189) Feisenberger § 340 Note 2, RGS 64/20 f., 187 f., 66/173, 67/53 ff.
190) Rintelen Seite 191.
191) Risch im GerS 36, 263 Anm. 26.
192) Glaser Seite 539, Feisenberger § 260 Note 6, Keller § 259 Note 2, v. Schwarze § 227 Note 2.

durch die dem Einstellungsurteil wegen Antragsmangels eine Freisprechungswirkung in Beziehung auf von Amts wegen zu verfolgende Straftaten zugesprochen wird. Das ist auch ohne Bedeutung, da diese Rechtskraftwirkung nicht dem Einstellungsurteil an sich eigentümlich ist, das nur eine Sachentscheidung wegen fehlenden Antrags ablehnt, sondern durch die im § 264 vorgeschriebene umfassende Prüfungspflicht des Gerichts hervorgerufen ist. Die dem Einstellungsurteil wegen Antragsmangels als Formurteil zukommende Wirkung liegt in der Erklärung, daß keine Sachentscheidung gegeben werden kann, und hierin ist der Umfang ihrer Rechtskraft begründet. In diesem Punkte entsprechen die Einstellungsurteile wegen fehlenden Antrags allen sonstigen Einstellungsurteilen wegen Unzulässigkeit des Verfahrens. Das Einstellungsurteil hat daher die Wirkung, daß es die Erneuerung der Anklage auf der gleichen Grundlage, auf der sie abgewiesen worden ist, ausschließt[193]). Wenn aber das bisher dem Sachurteil entgegenstehende Hindernis beseitigt ist, steht einem neuen Verfahren nichts im Wege[194]).

IV. Die Fälle der Fehlerhaftigkeit des Verfahrens.

Zeigt sich in der Hauptverhandlung, daß wegen Fehlerhaftigkeit des Verfahrens eine Verurteilung nicht erfolgen kann, so ist das Verfahren durch Urteil einzustellen. Das Einstellungsurteil des § 260 ist also nicht nur auf die Fälle der Unzulässigkeit des Verfahrens anzuwenden, sondern auf alle, in denen keine Sachentscheidung erfolgen kann. Das ergibt sich aus dem übergeordneten Grundsatz, daß die Hauptverhandlung immer mit einem Urteil zu beenden ist.

Bisher ist festgestellt worden, daß das in § 260 genannte Einstellungsurteil eine Formentscheidung ist, die bei Unzulässigkeit des Verfahrens zu ergehen hat. Wenn das Einstellungsurteil auch auf die Fälle der Verfahrensmängel angewendet werden soll, dann muß sein Rahmen weiter gesteckt werden.

Im Gesetz ist der Grundsatz aufgestellt, daß die Entscheidungen, durch die das Verfahren für die Instanz beendet werden soll, in der Hauptverhandlung in Urteilsform zu ergehen haben. Das ist eine Hauptregel. Das Urteil hat verschiedene Inhaltsmöglichkeiten, die allen Fällen gerecht werden. Für den Fall, daß sich in der Hauptverhandlung die Unmöglichkeit einer sachlichen Entscheidung herausstellt, ist das Einstellungsurteil vorgesehen. Das folgt daraus, daß das Einstellungsurteil eine Formentscheidung ist. Dies ist oben nachgewiesen (Vgl. Seite 29 ff.) Die Anwendungsmöglichkeit des Einstellungsurteils wird durch das im § 260 Abs. 3 gegebene Beispiel nicht eingeschränkt. Im engeren Rahmen gehört der Antragsmangel bei Antragsstraftaten zwar zu den Umständen, die das Verfahren unzulässig machen. Daher genügt diese Feststellung bei

193) Eisler in GrünhutsZ 17, 640.
194) Rosenfeld § 87 Note I, Sauer Seite 489, RGS 26/151, 41/153.

Prüfung der Anwendbarkeit des § 260 auf die Fälle der Unzulässigkeit des Verfahrens. (Vgl. Seite 33 f.) Allgemein äußert der fehlende Antrag aber die Wirkung, daß er eine sachliche Entscheidung ausschließt. Die gleiche Wirkung besitzen die in den §§ 389 und 418 genannten weiteren Fälle des Einstellungsurteils. Nur diese umfassende Bedeutung ist maßgebend für den Umfang, in dem das Einstellungsurteil anzuwenden ist. Daher ist als das Ergebnis festzustellen, daß das Einstellungsurteil in der Hauptverhandlung stets zu ergehen hat, wenn keine sachliche Entscheidung gegeben werden kann, wenn also die ‚Sachurteilsvoraussetzungen' fehlen, und wenn das Verfahren für die Instanz beendet werden soll. Unter diesen Voraussetzungen muß also auch bei Verfahrensmängeln ein Einstellungsurteil erlassen werden.

Stellt sich in der Hauptverhandlung das Fehlen des Eröffnungsbeschlusses heraus, so muß ein Einstellungsurteil erlassen werden. Das Reichsgericht hat die Ansicht vertreten, daß ein Sachurteil, das in einem Verfahren ohne Eröffnungsbeschluß ergangen ist, dann nicht wegen dieses Mangels anfechtbar ist, wenn „ein unter Einhaltung der Verfahrensvorschriften ordnungsgemäß durchgeführtes Verfahren zu demselben Ergebnisse geführt haben würde"[195]). Das kann nicht gebilligt werden. Denn diese Erwägung müßte zu dem Ergebnis führen, daß jedes Verfahren, in dem sich das Fehlen des Eröffnungsbeschlusses zeigt, fortgesetzt werden kann, wenn das gleiche Ziel wie in einem ordnungsmäßigen Verfahren erreicht wird[196]). Der Eröffnungsbeschluß ist aber eine unerläßliche Urteilsvoraussetzung, ohne die keine Sachentscheidung ergehen darf. Die Verfahrensregeln dienen nicht nur dem Schutze des Angeklagten, sondern auch der Allgemeinheit[197]). Deshalb kann auf sie nicht verzichtet werden. Beim Fehlen des Eröffnungsbeschlusses muß also das Verfahren eingestellt werden[198]). Diese Entscheidung ist ohne besondere Rüge des Angeklagten von Amts wegen zu erlassen[199]). Rosenberg hält nur einen Einstellungsbeschluß für möglich, „weil die Strafprozeßordnung Urteile, welche ohne vorgängige Hauptverhandlung ergehen, nicht kennt"[200]). Durch das Fehlen des Eröffnungsbeschlusses wird das Verfahren jedoch nicht nichtig, sondern es wird nur fehlerhaft. Denn die Nichterfüllung von Formvorschriften besitzt keine derartig weitgehende Wirkung. Von einem Nichtverfahren kann nur gesprochen werden, wenn die notwendigen Personen, die an ihm mitwirken müssen, fehlen. Die Entscheidung muß daher in Urteilsform ergehen[201]). Dem Fehlen des Eröffnungsbeschlusses steht es gleich, wenn der vorliegende Beschluß so fehler-

195) RG in JW 1928 (57), 2260 f.
196) Mannheim in JW 1929 (58), 260.
197) Oetker, Seite 81.
198) Mamroth § 201 Note 1, Arndt im GerS 101, 198 f.
199) RGS 67/59 ff. gegen 10/57 f.
200) Rosenberg § 203 Note 6; ebenso Gerland Seite 326, Heslenfeld in BayZ 1917 (13), 235, Oetker in GA 66, 521, RGS 24/65 f.
201) v. Kries Seite 580 ff., Kohlrausch § 260 Note 5.

haft ist, daß von einem Eröffnungsbeschluß im Rechtssinne überhaupt nicht gesprochen werden kann[202]). Hierzu gehören solche Fälle, in denen an dem Erlaß des Eröffnungsbeschlusses ein ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat[203]), oder in denen aus dem Beschluß nicht zu erkennen ist, welche Tat des Angeklagten überhaupt gemeint ist[204]). Daher hat auch in diesen Fällen Einstellung des Verfahrens zu erfolgen. — Wenn der Angeklagte die mangelnde örtliche Zuständigkeit rügt, so ist das Verfahren in der Hauptverhandlung durch Urteil einzustellen. In der Hauptverhandlung kann diese Rüge nur zwischen dem Beginn der Hauptverhandlung, dem Aufruf der Zeugen, § 243, und der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses vorgebracht werden. Die Urteilsform wurde in den Beratungen der Kommission abgelehnt. Dort wurde die Einfügung einer Bestimmung für unnötig bezeichnet, daß bei Rüge der Zuständigkeit das Verfahren durch Beschluß zu beenden sei; denn ein Urteil könne nur nach durchgeführter Hauptverhandlung ergehen[205]). Von Rintelen wird angenommen, daß ein Beschluß geboten ist, weil das Verfahren in der Instanz nicht beendet wird[206]). Das trifft nicht zu. Durch die Entscheidung wird das anhängige Verfahren endgültig beendet; die Staatsanwaltschaft muß eine neue Klage erheben, damit die Straftat weiter verfolgt wird. Da die Urteilsform für jeden Fall vorgeschrieben ist, in dem die Hauptverhandlung abgeschlossen werden soll, auch wenn sie nicht ‚durchgeführt' ist, greift die allgemeine Regel Platz. Das Verfahren muß also durch Einstellungsurteil abgebrochen werden[207]).

Es gilt hier wie in den Fällen der Unzulässigkeit des Verfahrens, daß nicht alle Mängel, die sich ereignen können, aufgeführt werden können. Wenn sich in der Hauptverhandlung andere Fehler des Verfahrens herausstellen, so sind sie darauf zu prüfen, ob sie unheilbar sind und eine Sachentscheidung ausschließen. Muß die Frage bejaht werden, so ist das Verfahren durch Urteil einzustellen.

Für die Anfechtbarkeit und Rechtskraftwirkung dieser Urteile gelten die gleichen Regeln, wie sie oben beim Einstellungsurteil wegen Fehlens des Antrags und Unzulässigkeit des Verfahrens aufgestellt sind.

V. Niederschlagung des Verfahrens und Tod des Angeklagten.

In der Hauptverhandlung können noch zwei Ereignisse eintreten, die in das bisher zulässige und ordnungsmäßige Verfahren der-

202) Gerland Seite 336, Rosenberg § 207 Note 5, Heslenfeld in BayZ 1917 (13), 236, RGS 31/104.
203) Arndt im GerS 101, 192, RGS 55/113.
204) Oetker Seite 81.
205) Materialien Seite 1373.
206) Rintelen Seite 189; ebenso Gerland Seite 372, Keller § 259 Note 5.
207) Mamroth § 263 Note 6 b, RGS 41/153.

art eingreifen, daß es nicht mehr fortgeführt werden kann. Das sind die Niederschlagung des Verfahrens und der Tod des Angeklagten. Diese Umstände bilden besondere Arten von Verfahrenshindernissen, die von den behandelten Fällen verschieden sind. Ihre Wirkung kann daher nicht durch Vergleichung festgestellt werden.

Wenn im Gnadenwege bei bestimmten Straftaten von einer Bestrafung abgesehen werden soll, so geschieht dies durch eine Amnestie. Sie hat die Wirkung, daß die anhängigen Verfahren nicht mehr fortgeführt werden dürfen. Sie ordnen im allgemeinen den Abbruch aller Verfahren an, bei denen die zu erwartende Strafe unter einer im Niederschlagungsgesetz angegebenen Höchstgrenze liegt. In welcher Weise die anhängigen Verfahren beendet werden, insbesondere ob eine förmliche Einstellung erforderlich ist, läßt sich nicht allgemein feststellen. Dies hängt jeweils davon ab, welche besonderen Bestimmungen der die Niederschlagung anordnende Befehl getroffen hat; denn die Gesetzgebung ist bei der Niederschlagung an keine bestimmten Formen gebunden [208]).

Wird ein allgemeines Niederschlagungsgesetz ohne irgendwelche Bestimmungen über die Art der Ausführung erlassen, so müssen die Gerichte die bei ihnen anhängigen Verfahren daraufhin prüfen, ob sie unter das Gesetz fallen. Diese Prüfung hat ohne Antrag der Beteiligten von Amts wegen und in jeder Lage des Verfahrens zu erfolgen. Denn durch die Niederschlagung wird der Strafanspruch beseitigt und ein Hinderungsgrund für den Fortgang des Verfahrens geschaffen. Ein solches Hindernis muß vom Gericht stets beachtet werden. Daher hat auch das Revisionsgericht ohne Rüge auf Grund selbständiger Ermittelungen über das Vorliegen der Niederschlagung zu befinden [209]). Das Gericht muß seine Prüfung soweit ausdehnen, bis es Klarheit über das Vorhandensein der Voraussetzungen der Niederschlagung erlangt hat [210]). Es ist hierbei an die rechtliche Beurteilung im Eröffnungsbeschluß nicht gebunden. Die Tat muß vielmehr nach allen Gesichtspunkten geprüft und so, wie sie sich auf Grund der Verhandlung zeigt, beurteilt werden, § 264 [211]). Wenn sich hierbei herausstellt, daß von mehreren in Tateinheit begangenen Handlungen die eine unter die Niederschlagung fällt, die andere dagegen nicht, so darf nicht unter dem einen Gesichtspunkt Einstellung erfolgen; die Bestrafung beschränkt sich auf die übrigen noch verfolgbaren Seiten der Tat, denn eine Einstellung kann ebenso wie eine Freisprechung stets nur die gesamte Tat, nicht aber einen einzelnen rechtlichen Gesichtspunkt erfassen [212]). — Nicht nur im Verfahren auf öffentliche Anklage, sondern auch im Privatklageverfahren muß das Gericht das Vorliegen der Niederschlagsvoraussetzungen nachprüfen. Denn auch die an-

208) Meikel in JW 1916 (45), 571.
209) RGS 53/40.
210) RGS 69/158 ff.
211) RGS 52/271.
212) RGS 53/50 f.

hängigen Privatklageverfahren werden niedergeschlagen, wenn die hierfür maßgebende Stelle erklärt hat, daß der Strafanspruch nicht verfolgt werden dürfe[213]).

Ergibt die Prüfung, daß die Voraussetzungen der Niederschlagung vorliegen, so ist das Verfahren einzustellen[214]). Diese Einstellung ist eine echte richterliche Handlung. Sie wird allerdings häufig als ein ‚Justizverwaltungsakt' angesehen. Rosenberg begründet dies damit, daß sie einem bereits beendeten Verfahren aus Zweckmäßigkeitsgründen noch einen förmlichen Abschluß gebe[215]). Auch Feisenberger ist der Ansicht, daß die bereits eingetretene Beendigung lediglich aktenmäßig festgestellt werde[216]). Deshalb will Breyhan die Niederschlagung „in Anbetracht ihrer verwaltungsrechtlichen Natur durch ‚Verfügung', ‚Beschluß', ‚Bekanntmachung' oder in einer ähnlichen im Geschäftsbetriebe auch nicht gerichtlicher Behörden üblichen Formen ausgesprochen" wissen[217]). Diese Auffassungen gehen davon aus, daß das Verfahren mit dem Erlaß des Niederschlagungsgesetzes beendet sei und keine Rechtshängigkeit mehr bestehe, darum auch keine richterliche Tätigkeit mehr denkbar sei[218]). Der Einstellung kann nach dieser Lehre folgerichtig nur noch die Bedeutung einer Feststellung zukommen, daß durch die Niederschlagung das Verfahren beendet sei[219]). Ihr ist aber nicht zuzustimmen. Die Rechtshängigkeit der Sache wird durch das Niederschlagungsgesetz nicht beendet. Dieses Gesetz verbietet zwar die Fortsetzung solcher Verfahren, die von ihm erfaßt werden. Das heißt aber nicht, daß es das Verfahren selbst beendet. Vielmehr ist dies dem Gericht vorbehalten, das die bei ihm anhängigen Verfahren auf das Vorliegen der Voraussetzungen der Niederschlagung nachprüfen muß. Diese Tätigkeit des Gerichts, die oft eine schwierige Unterordnung des einzelnen Falles unter die Vorschriften des Gesetzes erfordert, ist Rechtsanwendung[220]). Erst durch die das Verfahren abschließende Einstellung wird die Rechtshängigkeit beendet[221]). Dieser Auffassung entsprechen auch die letzten Straffreiheitsgesetze vom 7. August 1934 (RGBl. 1934 Teil I, Seite 769 f.) und vom 23. April 1936 (RGBl. 1936 Teil I, Seite 378, DVO Seite 384). In ihnen wird ausdrücklich bestimmt, daß anhängige Verfahren vom Gericht ‚eingestellt werden', wenn die Voraussetzungen der Straffreiheit gegeben sind, vgl. §§ 2, 5 und 10 des Ge-

213) BayObLG in JW 1916 (45), 861.
214) Beling Seite 522.
215) Rosenberg 2. Buch 5. Abschnitt Note 3a; ebenso OLGSamml. 2, Nr. 115.
216) Feisenberger § 210 Note 9.
217) Breyhan in GA 71, 13.
218) Rosenberg Ergänzung Seite 40, RGS 67/233 ff., 69/125 f., OLG Dresden in JW 1919 (48), 122, GA 66, 571.
219) K. Meyer in ZStRW 37, 803 ff., RGS 54/12 f., KG in JW 1926 (55), 2230, SächsArch 14, 166, OLG Karlsruhe in DStRZ 6, 141, GA 68, 307.
220) Goldschmidt Note 2159 und in JW 56, 356.
221) RGS 54/56 ff.

setzes vom 7. August 1934 und §§ 1 und 2 des Gesetzes und § 6 der DVO vom 23. April 1936. Das bedeutet, daß die Prüfung eine richterliche Tätigkeit ist und die Rechtshängigkeit erst durch die richterliche Tätigkeit beendet wird.

Hat sich ergeben, daß die Voraussetzungen des Straffreiheitsgesetzes erfüllt sind, so muß die förmliche Beendigung des Verfahrens durch Einstellung erfolgen. Eine sachliche Entscheidung ist ausgeschlossen. Die neuerdings vom Reichsgericht vertretene Auffassung, daß Freisprechung erfolgen könne, wenn sämtliche Freisprechungsvoraussetzungen bekannt sind[222]), ist nicht haltbar. Das Reichsgericht begründet seine Meinung damit, daß es dem Wesen eines Gnadenerweises widersprechen würde, wenn der Angeklagte infolge der Einstellung dauernd im Verdachte einer strafbaren Handlung bliebe, während er ohne das Straffreiheitsgesetz freigesprochen wäre. Der Staat könne aber nicht mehr aus Gnade auf seinen Strafanspruch verzichten, wenn das Nichtbestehen dieses Anspruches für das Gericht bereits ersichtlich geworden sei. Würde man dieser Ansicht folgen, so würde zwar die Ehre eines Angeklagten, bei dem zufällig die Freisprechungsvoraussetzungen offenbar waren, wiederhergestellt. Damit würde aber außer dem Verstoß gegen das Verbot der Sachentscheidung die Einstellung ihres förmlichen Wesens beraubt und infolgedessen die Ehre von solchen Angeklagten, die unschuldig sind, deren Nichtschuld aber nicht offen zutage tritt, zugunsten des Freigesprochenen belastet. Die Unbilligkeit eines solchen Ergebnisses überwiegt den Vorteil des Einzelnen. Nach dem vom Reichsgericht vertretenen Grundgedanken der Wiederherstellung der Ehre, die bei einer bloßen Einstellung des Verfahrens belastet bleibt, muß folgerichtig überhaupt der neutrale Charakter der Einstellung wegen Niederschlagung aufgegeben und für jeden Angeklagten die Möglichkeit geschaffen werden, ein freisprechendes Urteil zu erlangen. Dies würde auch dem Wesen eines Gnadenerweises entsprechen. Der Weg hierzu kann aber nur im Straffreiheitsgesetz selbst geschaffen werden. In künftigen Gesetzen, die die Niederschlagung von anhängigen Verfahren anordnen, müßte dann eine Bestimmung eingefügt werden, die dem Angeklagten das Recht gibt zu beantragen, daß das Verfahren nicht eingestellt, sondern fortgeführt werde. Es muß hierbei vorgesehen werden, daß dem Angeklagten die Kosten der Fortsetzung überbürdet werden, wenn sie nicht zu seiner Freisprechung führt.

Bei einer Niederschlagung muß also das Verfahren stets durch Einstellung beendet werden. Wenn das Niederschlagungsgesetz keine besonderen Bestimmungen über die Form enthält, so sind die allgemeinen Vorschriften über die Einstellung eines rechtshängigen Verfahrens anzuwenden. Danach ist das Verfahren vor der Hauptverhandlung durch Beschluß einzustellen, während die Hauptverhandlung selbst nur durch Einstellungsurteil abgeschlossen werden

222) RG in JW 1936, 2239.

kann. Eine Ausnahme von der Regel, daß die Hauptverhandlung durch Urteil beendet werden muß, aus dem Grunde, „weil zweifellos feststeht, daß der Angeklagte von dem Gnadenerlasse betroffen ist und darum eine weitere Verhandlung in der Sache und die Erlassung eines Urteils zwecklos sein würde“ [223]), kann nicht Platz greifen. Denn eine Hauptverhandlung kann nur durch Urteil geschlossen werden. — Die Urteilsbegründung muß die Verhandlungsergebnisse umfassen, die das Gericht für die Bejahung der Straffreiheit für entscheidend gehalten hat. Eine weitergehende Begründung soll aber nicht erfolgen. Vor allem darf das Gericht seine Überzeugung nicht dartun, daß der Angeklagte die Straftat begangen habe. Denn diese Meinung hat das Gericht meist nur in einer unvollständigen Beweisaufnahme gewonnen. Außerdem ist dem Angeklagten durch die Einstellung die Möglichkeit genommen, seine Unschuld durch Einlegung eines Rechtsmittels nachzuweisen. Häufig wird die Heranziehung des Inhalts des Eröffnungsbeschlusses zur Begründung der Einstellung genügen [224]).

Die Einstellung ist mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln anfechtbar. Hiergegen kann nicht angeführt werden, daß durch die Niederschlagung der Strafanspruch getilgt und deshalb eine weitere Untersuchung unzulässig sei [225]). Denn eine Einstellung, die trotz Fehlens der Voraussetzungen der Niederschlagung erfolgt ist, ist ebenso unzulässig wie eine Fortsetzung des Verfahrens, wenn die Voraussetzungen zutreffen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen muß aber durch die Rechtsmittelgerichte nachgeprüft werden können [226]). Die Anfechtbarkeit der Einstellung ist auch in den beiden angeführten Straffreiheitsgesetzen grundsätzlich anerkannt. Dort wird bestimmt, daß die Einstellung, die stets durch Beschluß zu erfolgen hat, mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden kann, vgl. § 10 des Gesetzes vom 7. August 1934 und § 6 der DVO zum Gesetz vom 23. April 1936.

Stirbt der Angeklagte in der Hauptverhandlung, so muß ein Einstellungsbeschluß ergehen, der lediglich feststellende Bedeutung hat. Ein Einstellungsurteil kann nicht erlassen werden. — Abweichend vertritt Fräb die Ansicht, daß prozeßordnungsgemäß das einmal entstandene Verfahren „in der Hauptverhandlung zufolge der ausdrücklichen Vorschrift des § 260 durch Erlaß eines auf Einstellung lautenden Urteils abgeschlossen werden“ müsse. Denn „der erst nach Anklageerhebung erfolgte Tod des Angeklagten führt nicht ohne weiteres das Verfahren zu Ende“ [227]). Fräb übersieht, daß von einem Verfahren nur gesprochen werden kann, wenn alle Be-

223) BayObLG in DJZ 1916 (21), 446; ebenso für Beschluß RGS 53/52, 249, 319 und die Auffassungen, die die Einstellung nur als Justizverwaltungsakt betrachten.
224) RGS 69/158 ff.
225) Rosenberg 2. Buch 5. Abschnitt Note 3 e.
226) RGS 54/9, 56 ff., OLG Dresden in JW 1919, 593.
227) Fräb Seite 29.

teiligten vorhanden sind. Fällt einer fort, so ist damit das Verfahren beendet. Da aber ein Urteil nur in einer Hauptverhandlung ergehen kann, ist sein Erlaß durch den Tod des Angeklagten ausgeschlossen. Denn die Hauptverhandlung ist mit seinem Tode von selbst beendet. — Es kann auch Glasers Meinung nicht zugestimmt werden, daß das Verfahren durch den Tod zwecklos geworden und darum sofort einzustellen sei [228]). Es ist nicht zwecklos, sondern tatsächlich zu Ende. Die Folgerung, die Beling hieraus zieht, ist aber zu weitgehend. Er hält einen Einstellungsbeschluß nicht für erforderlich, sondern es soll ein einfacher Vermerk gemacht und die Sache weggelegt werden [229]). Zur ordnungsmäßigen Klarstellung des Verfahrensabschlusses ist aber notwendig, daß die durch den Tod des Angeklagten eingetretene Lage durch eine förmliche Erklärung festgestellt wird. Dies hat durch einen den Abbruch des Verfahrens feststellenden Einstellungsbeschluß zu geschehen [230]).

2. Einstellungen außerhalb der Hauptverhandlung nach allgemeinen Grundsätzen.

Außerhalb der Hauptverhandlung, insbesondere in der Zeit zwischen dem Eröffnungsbeschluß und der Hauptverhandlung, kann das Verfahren abgebrochen werden, wenn solche Umstände eintreten oder bekannt werden, die eine sachliche Entscheidung ausschließen und daher in der Hauptverhandlung zu einem Einstellungsurteil führen müssen. Der Abbruch geschieht durch Einstellungsbeschluß. Wenn sich jedoch herausstellt, daß der Angeklagte aus sachlichen Gründen in der Hauptverhandlung freigesprochen werden muß, besteht nach dem Eröffnungsbeschluß keine Möglichkeit mehr, das Verfahren einzustellen.

Das Gesetz enthält keine Bestimmung, die eine Einstellung nach Erlaß des Eröffnungsbeschlusses außerhalb der Hauptverhandlung gestattet. Die Zulässigkeit derartiger Einstellungen kann auch nicht im Wege entsprechender Anwendung sonstiger Vorschriften begründet werden. Denn die Bestimmungen, die nach dem Eröffnungsbeschluß eine Einstellung vorsehen, beziehen sich alle nur auf die Hauptverhandlung. Im Gesetz ist aber auch kein unmittelbares Verbot dieser Art ausgesprochen. Die Vorschrift des § 260 betrifft nur die Hauptverhandlung; sie ordnet die Formen ihrer Beendigung an. § 260 zwingt aber nicht zu dem Schluß, daß hiermit alle Beendigungsmöglichkeiten für das Hauptverfahren genannt sind. Diese Frage bleibt unberührt. Die Möglichkeit von Einstellungen außerhalb der Hauptverhandlung ist also in der Strafprozeßordnung weder im bejahenden noch im verneinenden Sinne behandelt. —

228) Glaser Seite 197, 535.
229) Bennecke-Beling Seite 117.
230) Graf zu Dohna Seite 81, Rosenfeld 1926, Band 2, Seite 46, Birkmeyer Seite 635, Kohlrausch § 260 Note 2, Dörr zu § 260 Absatz 2, Risch im GerS 36, 260.

Aus diesem Stillschweigen folgt aber nicht, daß diese Frage nicht geprüft werden darf; denn die Bindung an das Gesetz ist nicht derart, daß nur solche Maßnahmen zugelassen sind, die ausdrücklich vorgesehen sind. Bei der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse ist eine solche Bindung nicht möglich. Soweit eine Regelung getroffen ist, darf nicht von ihr abgewichen werden. Wenn aber im Gesetz nicht vorgesehene Fragen auftauchen, müssen sie nach den allgemeinen gesetzlichen Richtlinien beantwortet werden. Selbstverständlich darf hierbei nicht gegen andere im Gesetz aufgestellte Grundsätze verstoßen werden. Bei dem Schweigen des Gesetzes muß daher die Frage gestellt werden, ob außerhalb der Hauptverhandlung nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen Einstellungen erfolgen können, wenn sich zeigt, daß in der Hauptverhandlung keine Sachentscheidung möglich ist, ob also das Gesetz diese Einstellungsmöglichkeit stillschweigend zugelassen oder aber überhaupt die Regelung vergessen hat, oder ob das Verfahren nach dem Eröffnungsbeschluß grundsätzlich nur in der Hauptverhandlung abgeschlossen werden darf.

Ein Verfahrensabschluß ohne Hauptverhandlung setzt voraus, daß der Eröffnungsbeschluß nicht die Bedeutung hat, daß unter allen Umständen eine Hauptverhandlung stattfinden muß und eine Beendigung des Verfahrens nur in ihr erfolgen kann. Im Eröffnungsbeschluß ist nur das Gericht der Hauptverhandlung bezeichnet worden; eine Anordnung der Hauptverhandlung enthält er aber nicht. Er besagt, daß der Angeklagte einer strafbaren Handlung hinreichend verdächtig ist und deshalb Aussicht auf seine Verurteilung besteht; die Verurteilung kann aber nur in einer Hauptverhandlung erfolgen. Die Voraussetzung für einen vorzeitigen Abbruch liegt also darin, daß die Anordnung der Hauptverhandlung nicht auch für den Fall zwingend ist, daß durch besondere Umstände die Verurteilungsmöglichkeit ausgeschlossen ist.

Eine Möglichkeit der Einstellung außerhalb der Hauptverhandlung ist nach Johns Auffassung nicht vorhanden, weil es kein Gericht gebe, das zu einer solchen Entscheidung sachlich zuständig ist. Er unterscheidet zwischen dem erkennenden Gericht, welches die zur Vorbereitung der Hauptverhandlung erforderlichen Entscheidungen zu treffen hat, und dem Gericht der Hauptverhandlung. Daher müsse, wer die Möglichkeit einer Erledigung außerhalb der Hauptverhandlung bejahen wolle, behaupten, „daß eine solche Entscheidung von demjenigen gerichtlichen Organ getroffen werden könne, welches zwar erkennendes Gericht ist aber nicht Gericht der Hauptverhandlung". Dies erscheint John nach dem Wortlaut des § 207 ausgeschlossen. „Denn der Beschluß, durch welchen das Hauptverfahren eröffnet wird, hat dasjenige Gericht zu bezeichnen, vor welchem die Hauptverhandlung stattfindet. An dieses Gericht ist die Sache verwiesen und dieses Gericht allein kann den Eröffnungsbeschluß erledigen" [231]). John macht also beim erkennenden Gericht

231) John Band 2 Seite 658.

eine Zuständigkeitsteilung. Das kann nicht gebilligt werden; denn diese Zweiteilung ist im Gesetz nicht vorgesehen, und sie kann auch aus gesetzlichen Bestimmungen nicht abgeleitet werden. In der Bestimmung des § 207 wird die Bezeichnung des Gerichts der Hauptverhandlung angeordnet, weil der Eröffnungsbeschluß sachliche Prüfung und Verurteilung bezweckt. Diese Entscheidung kann aber nur in der Hauptverhandlung ergehen. Der Sinn des § 207 liegt also darin, daß das zur Entscheidung zuständige erkennende Gericht bezeichnet werden soll; dies läßt jedoch nicht den Schluß zu, daß das bezeichnete Gericht nur in der Hauptverhandlung zur Entscheidung zuständig ist. Denn § 207 besagt nur, daß das Gericht benannt werden muß, „vor welchem die Hauptverhandlung stattfinden soll", wenn überhaupt eine Hauptverhandlung stattfinden muß. Wenn eine Erledigung des Verfahrens ohne Hauptverhandlung zulässig ist, so steht dieser Möglichkeit kein Zuständigkeitsmangel entgegen. Die Entscheidung wird von dem gemäß § 207 bezeichneten Gericht in der für die Beschlußfassung vorgeschriebenen Besetzung erlassen.

Gegen die Zulässigkeit einer beschlußmäßigen Einstellung ohne Hauptverhandlung wird der Einwand vorgebracht, daß „die Strafprozeßordnung kein besonderes zwischen der Eröffnung des Hauptverfahrens und der Hauptverhandlung liegendes Zwischenverfahren kennt". Daraus wird der Schluß gezogen, „daß, wenn schon einmal das Hauptverfahren eröffnet ist, die Sache selbst nur durch Urteil gemäß dem § 260 erledigt werden kann" [232]). Als maßgebender Grund für die Unstatthaftigkeit eines solchen Vorgehens wird von Stenglein die Vorschrift des § 210 Abs. 2 angesehen, durch die „dem Eröffnungsbeschluß eine Art von Rechtskraft beigelegt wird, welche zur Folge hat, daß auch nachträglich der Eröffnungsbeschluß nicht mehr abgeändert werden kann, sondern zu einer Hauptverhandlung führen muß". Denn „nach dem System der Strafprozeßordnung soll unaufhaltsam nach jenem Beschluß zur Hauptverhandlung geschritten werden. Weiterungen durch neue Verhandlungen finden beim Schweigen des Gesetzes keinen Raum" [233]). Zudem soll der Angeklagte ein Recht auf ein Urteil haben, wenn einmal ausgesprochen ist, daß gegen ihn hinreichender Verdacht einer strafbaren Handlung besteht [234]). Auch die Zustimmung zur Einstellung bei Zurücknahme des Strafantrages „bietet zur erneuten Prüfung keinen prozessualen Anlaß. Die seltenen Fälle, in welchen in diesem Stadium die Zurücknahme erfolgt, begründen kein Bedürfnis nach Vereinfachung des Verfahrens" [235]). Mängel des Verfahrens, die es

---

232) Feisenberger in GA 57, 175; ebenso Gerland Seite 337 f., Ullmann Seite 437 f., Sauer Seite 412, Grofebert im Recht 11, 1310, BayObLGSt. 1, 1 f.

233) Stenglein § 209 Note 3 b; ebenso Mamroth § 259 Note 4, Keller § 201 Note 7.

234) Stenglein nach § 201 Seite 263.

235) Stenglein § 259 Note 5; ebenso Isenbarth-Sammter § 259 Note 172, Keller § 259 Note 13.

fehlerhaft machen, sollen keinen Einfluß auf die Fortführbarkeit besitzen. „Das Gesetz geht offenbar von der Ansicht aus, daß solche Fälle so unwahrscheinlich sind, daß in einem Ausnahmefall die Sanierung durch das erkennende Gericht oder ein Rechtsmittel gegen das Urteil genügt, als Regel aber die Unanfechtbarkeit beibehalten werden soll, welche außerdem nur schwer abgegrenzt werden könnte“ [236]). Selbst der Tod des Angeklagten soll hiervon keine Ausnahme machen, „denn auch dies ist ein tatsächlich festzustellendes Faktum und besteht kein Bedürfnis, die Feststellung dem erkennenden Gericht zu entziehen“ [237]). Eine Erledigung der Sache außerhalb der Hauptverhandlung wird auch von v. Kries abgelehnt, der darin eine unzulässige Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses sieht. „Denn der letztere besagt gerade, daß es zu einer Hauptverhandlung kommen solle. Zu einer solchen Aufhebung fehlt es aber der gleichgeordneten — oder im Instanzenzuge gar untergeordneten! — Behörde an jedem Recht, und es kann hierbei gar keinen Unterschied machen, ob sie den Anlaß dazu aus später eingetretenen Ereignissen (Tod des Beschuldigten, Rücknahme des Strafantrags und dergl.) oder daraus entnehmen wollte, daß bei dem Eröffnungsbeschluß irgend ein Punkt ‚zweifellos‘ übersehen sei“ [238]). Daraus, daß der Eröffnungsbeschluß „vom Gesetz teils ausdrücklich für unanfechtbar erklärt worden ist, teils der sofortigen Beschwerde unterliegt“, zieht er den Schluß, daß eine solche Aufhebung unzulässig ist [239]). Zu diesen Gründen wird von Feisenberger (der allerdings später seine Ansicht geändert hat) noch hinzugefügt, daß der Angeklagte durch den Einstellungsbeschluß vor weiterer Strafverfolgung nicht so geschützt werde, wie durch ein Urteil, weil der Beschluß jederzeit mit der einfachen Beschwerde angefochten werden könne, und außerdem einem neuen Verfahren nicht der Einwand der Rechtskraft entgegengesetzt werden kann [240]). Es wird aber zugegeben, daß bei folgerichtiger Durchführung dieser Auffassung in manchen Fällen „auffallende Inkonvenienzen“ hervortreten [241]); v. Kries schlägt deshalb vor, daß „das erkennende Gericht, wenn im voraus feststeht, daß in der Sache selbst nicht erkannt werden kann, die für die letztere erforderliche Beweiserhebung nicht vorzubereiten braucht, sondern von den Ladungen absehen“ kann [242]). Von verschiedenen grundsätzlichen Anhängern dieser engen Auslegung werden sogar in bestimmten Fällen Ausnahmen zugelassen. So hat Gerland zwar den Satz geformt: kein Eröffnungsbeschluß ohne Hauptverhandlung; er hält ihn aber für undurchführbar im Falle des Todes und

236) Stenglein § 209 Note 3 a.
237) Stenglein § 209 Note 3 b.
238) v. Kries Seite 521; ebenso Rosenfeld § 85 und Rosenfeld 1926 Band 2 Seite 47 f.
239) v. Kries in ZStRW 5, 28, Note 17.
240) Feisenberger in GA 57, 175; ebenso Mewes in GA 36, 145 ff.
241) Ullmann Seite 437 f.
242) v. Kries Seite 521.

der nicht behebbaren Abwesenheit des Angeklagten, wenn gegen den Abwesenden nicht verhandelt werden kann[243]).

Die Kritik, die selbst von Anhängern der Auffassung von der Notwendigkeit einer Hauptverhandlung an dem daraus folgenden Ergebnis geübt wird, und die Zugeständnisse, die von einigen von ihnen gemacht werden, beweisen, daß diese starre Bindung durch den Eröffnungsbeschluß den tatsächlichen Anforderungen des Verfahrens nicht gerecht wird. Es wird damit zugegeben, daß es Fälle gibt, in denen die Durchführung des Verfahrens bis zur Hauptverhandlung und die Erledigung des Eröffnungsbeschlusses in ihr auf erhebliche Schwierigkeiten stößt. Daher sprechen allgemeine Zweckmäßigkeitserwägungen gegen diese Auffassung. Denn gesetzliche Verfahrensvorschriften sollen niemals zum Selbstzweck werden, sondern sie haben dem Grundsatz der Ordnung sowie dem Schutz der Allgemeinheit und des Einzelnen zu dienen. Damit ist es gerechtfertigt, im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen einen Ausgleich zu schaffen, der den Bedürfnissen entspricht.

Ein Weg zu einem den tatsächlichen Verhältnissen besser angepaßten Ergebnis wird in einer von Glaser vorgetragenen Meinung gewiesen. Er hält allerdings daran fest, daß der Eröffnungsbeschluß nur in der Hauptverhandlung erledigt werden kann. „Das Gesetz eröffnet keine Möglichkeit einer nochmaligen Prüfung der Frage, ob nicht in dieser Hinsicht ein Mißgriff begangen wurde. Was den sachlichen Inhalt dieses Beschlusses betrifft, so ist er also nach der Absicht des Gesetzes jeder anderen Prüfung entzogen, als welche in der Hauptverhandlung stattzufinden hat; es soll nicht geprüft werden, ob das Gericht, das ihn faßte, auf genügende oder ungenügende Grundlage hin geurteilt, ob es etwas übersehen hat, was einen anderen Beschluß herbeigeführt hätte, sondern dieselben Fragen, welche dort beantwortet wurden, sollen unter allen Umständen ohne Rücksicht darauf in der Hauptverhandlung neu gestellt und neu beantwortet werden". Der Ausgangspunkt, den Glaser für die Begrenzung dieser Wirkung nimmt, ist jedoch ein anderer. „Wenn ein tatsächliches oder rechtliches Hindernis sich der Vornahme der Hauptverhandlung widersetzt, wenn also das Gericht entdeckt, daß es den Angeklagten nicht zur Verantwortung ziehen kann oder darf und dies unterlassen muß, nicht weil es erachtet, daß das beschließende Gericht ungesetzlich vorgegangen ist, sondern daß es selbst ungesetzlich vorgehen würde, muß das weitere Verfahren (vorläufig oder für immer) unterbleiben, ohne daß darum der Beschluß über Eröffnung des Hauptverfahrens widerrufen werden kann". Er geht also nicht von der Unabänderlichkeit des Eröffnungsbeschlusses aus, sondern er betrachtet die Hindernisse, die sich der Durchführung der Hauptverhandlung entgegenstellen können, und stellt dabei fest, daß es Umstände gibt, die die Hauptverhandlung selbst unge-

243) Gerland Seite 337; ebenso Rosenfeld § 85, Rosenfeld 1926 Band 2 Seite 47 f.

setzlich machen. Als solche Umstände sieht er die Fälle des § 205 und den Tod des Angeklagten an; ferner die fehlende Gerichtsbarkeit wegen Exterritorialität; schließlich die Zurücknahme des Antrags sowie die Niederschlagung, sofern die Ereignisse nach dem Erlaß des Eröffnungsbeschlusses eingetreten sind; wenn sie schon vorher vorlagen, würde es sich dagegen um eine Berichtigung des Eröffnungsbeschlusses handeln, die unzulässig wäre [244]). Eine ähnliche Auffassung wird von Beling vertreten. Auch er ist grundsätzlich der Ansicht, daß ein Eröffnungsbeschluß zur Hauptverhandlung führen muß. Wenn aber ein Umstand vorhanden ist, der die Abhaltung der Hauptverhandlung unzulässig machen würde, so hat das erkennende Gericht außerhalb der Hauptverhandlung die Einstellung des Verfahrens auszusprechen. Stellt sich dagegen der Mangel des Strafantrags heraus, oder wird der Antrag zurückgenommen, so soll das Verfahren nicht unzulässig sein. „Denn wegen der Unteilbarkeit des Prozeßgegenstandes bleibt die Aufgabe des erkennenden Gerichts, den Fall unter Offizialdeliktsgesichtspunkten zu würdigen, bestehen“ [245]). Beim Tode des Angeklagten soll kein Einstellungsbeschluß nötig sein, sondern ein einfacher Vermerk in den Akten genügen [246]).

Glaser und Beling sehen also die durch bestimmte Umstände bewirkte Ungesetzlichkeit des Verfahrens als erheblicher an, als die grundsätzliche Forderung der Erledigung des Eröffnungsbeschlusses in der Hauptverhandlung, und sie halten deshalb in solchen Fällen die Einstellung ohne Hauptverhandlung für zulässig. Mit dieser Begründung werden die Anschauungen widerlegt, die unter allen Umständen eine Hauptverhandlung verlangen. Denn gesetzliche Bestimmungen dürfen nicht dazu führen, Ungesetzlichkeiten zulässig zu machen. Es ist unzulässig, zur Durchsetzung von grundsätzlichen Ansichten ein Verfahren fortzuführen, dessen Unzulässigkeit bekannt ist. In diesen Fällen bedeutet die Einstellung nicht eine Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses, zu der beim Schweigen des Gesetzes keine Handhabe vorhanden ist; es wird nur aus den gegebenen Verhältnissen die notwendige Folgerung gezogen. Daß beim Tode des Angeklagten oder bei seiner Exterritorialität der ordnungsmäßigen Durchführung einer Hauptverhandlung unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen, ist unbestreitbar. Denn ein Verfahren ohne Angeklagten gibt es nicht. Der Exterritoriale kann in der Hauptverhandlung ausbleiben; nach § 230 Absatz 1 soll der Angeklagte aber grundsätzlich in der Hauptverhandlung anwesend sein. In solchen Fällen ist also Einstellung ohne Hauptverhandlung zum wenigsten das kleinere Übel.

Die von Glaser und Beling aufgezeigte Möglichkeit, zu einer Beendigung des Verfahrens außerhalb der Hauptverhandlung zu kom-

244) Glaser Seite 449 ff.
245) Beling Seite 364 f., Bennecke-Beling Seite 517 ff.
246) Bennecke-Beling Seite 116.

men, führt aber nur auf einem Umwege zu diesem Ziele. Denn da sie an dem Grundsatze festhalten, daß der Eröffnungsbeschluß grundsätzlich nur in der Hauptverhandlung erledigt werden darf, suchen sie die unerwünschten Wirkungen ihrer Auffassung mit der Begründung zu beseitigen, die Fortsetzung des Verfahrens sei unzulässig. Allerdings geben sie damit ihre Meinung in wesentlichen Punkten wieder auf. Aus der Erkenntnis einer Notwendigkeit sollen jedoch die entsprechenden Folgerungen auf die einfachste Weise gezogen werden. Daher erhebt sich die Frage, ob der Eröffnungsbeschluß wirklich stets eine urteilsmäßige Erledigung in der Hauptverhandlung verlangt. Dazu ist zunächst festzustellen, daß „die Strafprozeßordnung nirgends auf die sakramentale Natur des im § 203 bezeichneten, die Eröffnung des Hauptverfahrens anordnenden Gerichtsbeschlusses auch nur hingedeutet" hat[247]). Die Forderung der Erledigung des Eröffnungsbeschlusses in einer Hauptverhandlung kann daher nur aus dem Inhalt des Eröffnungsbeschlusses oder aus seinem Zweck abgeleitet werden. Im Eröffnungsbeschluß wird das Gericht bezeichnet, vor dem die Hauptverhandlung stattfinden soll. Das geschieht deshalb, weil der Beschluß die Erklärung enthält, daß Aussicht auf eine Verurteilung des Angeklagten besteht und daß die Sachurteilsvoraussetzungen vorhanden sind. Da eine sachliche Prüfung und Entscheidung nur in der Hauptverhandlung erfolgen kann, wird im Eröffnungsbeschluß das hierfür zuständige Gericht bezeichnet. Dies besagt aber nicht, daß der Eröffnungsbeschluß nur in einer Hauptverhandlung erledigt werden kann. Über diese Frage gibt der Eröffnungsbeschluß keine Auskunft. Der Zweck des durch den Eröffnungsbeschluß eingeleiteten Verfahrens ist auf Sachentscheidung gerichtet. Die Motive zur Strafprozeßordnung besagen über die Bedeutung des Eröffnungsbeschlusses, daß durch ihn „dem Angeklagten gegenüber zunächst nichts weiter ausgesprochen ist, als daß über die gegen ihn erhobene Beschuldigung mündlich verhandelt werden, also dasjenige Verfahren eintreten soll, welches sich in dem auf Mündlichkeit und Öffentlichkeit beruhenden Strafprozeß als das regelmäßige und ordentliche darstellt"[248]). Wenn aber wegen Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung jede sachliche Entscheidung ausgeschlossen ist und infolgedessen über die gegen den Angeklagten erhobene Beschuldigung gar nicht verhandelt werden kann, so zeigt sich, daß das Verfahren seinen Zweck verfehlt hat. Stellt sich dies erst in der Hauptverhandlung heraus, so ist die Möglichkeit zu seiner Beendigung im Einstellungsurteil geschaffen. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß schon vorher die Folgerungen aus der fehlenden Sachurteilsmöglichkeit gezogen werden. Also steht der Zweck des Verfahrens einer Erledigung des Eröffnungsbeschlusses außerhalb der Hauptverhandlung nicht entgegen. — Es ist bereits festgestellt, daß es Um-

247) Voitus Seite 425 f.
248) Materialien Seite 173.

stände gibt, bei deren Vorliegen die Fortführung des Verfahrens ausgeschlossen ist. Weiter ist zu erwägen, daß die im Gesetz für den Fall des Ausbleibens des Angeklagten vorgesehenen Zwangsmaßnahmen (vgl. §§ 216, 230, 236) nicht für anwendbar gehalten werden können, wenn von vornherein feststeht, daß in der Hauptverhandlung wegen Fehlens einer Sachurteilsvoraussetzung ein Einstellungsurteil erlassen werden muß [249]). Denn eine Vorführung des Angeklagten in der Hauptverhandlung erscheint undenkbar, wenn keine Verurteilung erfolgen darf. Schließlich ist in solchen Fällen die Durchführung einer Hauptverhandlung zwecklos. Das Hauptverfahren ist eingeleitet worden, weil eine sachliche Entscheidung gefällt werden soll. Wenn sich beim Mangel einer Sachurteilsvoraussetzung deren Unmöglichkeit herausstellt, so hat „die Hauptverhandlung in solchen Fällen gar keinen Zweck; sie verursacht nur unnötigerweise Zeitverlust, Arbeit und Kosten" [250]). Denn der Angeklagte wird „der Strafgewalt des Richters entzogen und letzterer in die Unmöglichkeit versetzt, über Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten, was ja der Hauptzweck des eingeleiteten Prozesses ist, sich auszusprechen. Wo es an den Voraussetzungen der Straf-Verfolgung gebricht, da fehlt es auch an derjenigen eines Strafurteils. Die Ansetzung der Hauptverhandlung und die Vorladung des Angeklagten nach Feststellung eines der oben gedachten prozessualen Mängel wäre eine Fortsetzung der Kriminalprozedur, die anzuordnen der Richter keine Berechtigung mehr hat" [251]).

Die Strafprozeßordnung erkennt im § 204 an, daß lediglich auf Grund des Akteninhalts eine das Verfahren abschließende Entscheidung getroffen werden kann. „Diese richterliche Vorprüfung der Anklage soll gerade dazu dienen, dem Angeklagten die Hauptverhandlung dort zu ersparen, wo nicht begründete Aussicht auf Verurteilung besteht" [252]). Die Feststellung des Fehlens von Sachurteilsvoraussetzungen kann aber nach Erlaß des Eröffnungsbeschlusses durch das erkennende Gericht ebenso gut ausschließlich auf Grund des Akteninhalts erfolgen wie vorher durch das beschließende Gericht.

Weder der Inhalt des Eröffnungsbeschlusses noch der Zweck des Verfahrens deuten also darauf hin, daß eine Erledigung des Eröffnungsbeschlusses nur in der Hauptverhandlung stattfinden darf. Beim Fehlen von Sachurteilsvoraussetzungen ist jede sachliche Prüfung und Entscheidung ausgeschlossen und damit der Zweck des Eröffnungsbeschlusses fortgefallen. Daraus muß geschlossen werden, daß bei Hervortreten oder Bekanntwerden der Umstände, die in der Hauptverhandlung zu einem Einstellungsurteil führen, auch außerhalb der Hauptverhandlung das Verfahren eingestellt werden kann. Ob diese Umstände bereits vor Erlaß des Eröffnungsbeschlus-

249) Graf zu Dohna Seite 158, Rosenberg 2. Buch 5. Abschnitt Note 3 a.
250) Rosenberg § 260 Note 3 Absatz 3.
251) Fuchs in HH Band 2, Seite 51 ff.
252) Graf zu Dohna Seite 158.

ses vorgelegen haben, oder ob sie erst nachträglich eingetreten sind, ist unerheblich; denn sie äußern die gleiche Wirkung[253]). Dies gilt auch für den Fall des fehlenden oder zurückgenommenen Antrages, es sei denn, daß eine von Amts wegen zu verfolgende Tat in Erwägung gezogen ist. Denn auch hier muß in der Hauptverhandlung aus förmlichen Gründen ein Einstellungsurteil ergehen, und die bloße Möglichkeit einer schwereren Bewertung der Tat ist unbeachtlich. Die durch § 264 geäußerte Nebenwirkung ist daher bedeutungslos[254]). Der Tod des Angeklagten erfordert ebenfalls eine förmliche Beendigung durch Einstellung[255]).

Wenn sich aber zeigt, daß aus sachlichen Gründen eine Verurteilung nicht erfolgen kann, so darf das Verfahren nicht außerhalb der Hauptverhandlung eingestellt werden. Dies wird allerdings von Ertel bestritten. Er hält Einstellung für zulässig, wenn sich herausstellt, daß der Angeklagte schon zur Zeit der Tat geisteskrank war. Nach seiner Ansicht würde die Abhaltung der Hauptverhandlung zwecklos sein, „wenn ein dem Gericht als zuverlässig bekannter Psychiater das Vorliegen des Tatbestandes des § 51 StGB bejaht hätte. Denn wenn das Gutachten für die erforderliche Mehrzahl der Beschlußrichter überzeugend ist, so ist es nicht abzusehen, was dann noch durch eine Hauptverhandlung geleistet werden könnte“[256]). Ertel stützt seine Ansicht darauf, daß das „eröffnende Gericht nur erklärt, daß nach dem Akteninhalt keine Veranlassung zur Einstellung des Verfahrens vorliegt“[257]). Beim Eintritt irgendwelcher Veränderungen soll der vorliegende Eröffnungsbeschluß „nur den früher als gegeben angesehenen, aber nicht den neuen oder erst neuestens in Erfahrung gebrachten Tatbestand betreffen. Über letzteren liegt im Grunde noch gar kein Eröffnungsbeschluß vor“[258]). Diese Meinung ist unrichtig, weil der Eröffnungsbeschluß nicht lediglich eine Verneinung enthält, wie Ertel annimmt; er enthält vielmehr die Bejahung einer Verurteilungsmöglichkeit. Die Hauptverhandlung wird angeordnet, um die umfassende sachliche Prüfung gemäß § 264 vorzunehmen. Diese Prüfung bleibt möglich, solange ihr kein Sachurteilshindernis entgegentritt. Wenn daher ein sachlicher Umstand hervortritt, der eine Freisprechung erfordert, wird

253) Graf zu Dohna Seite 158 f., Rintelen Seite 147 ff., Rosenberg 2. Buch 5. Abschnitt Note 3 a, § 260 Note 3, Dörr zu § 203, Feisenberger § 260 Note 7 und im Handbuch der Rechtswissenschaft 1927, Seite 201, Puchelt § 259 Note 3, Oetker Seite 83 und im GerS 74, 87, in JW 1928 (57), 2261, in GA 66, 521, Voitus Seite 425 ff., Fuchs in HH Band 2 Seite 51 ff., Risch im GerS 36, 259 f., K. Meyer in DJZ 20, 1079 f., PrJMinBl. 1926, 273, GA 71, 44, BayObLGSt. in JW 1916 (45), 345; vgl. auch Entwurf 1908 § 208, Entwurf 1920 § 209 Absatz 5, Protokolle Seite 108 f.

254) Rosenberg § 260 Note 12, Olshausen § 61 Note 57, BayObLGSt. 2, 388; 3, 94; vgl. auch Materialien Seite 197.

255) Siehe oben Seite 5 f. und 46 f.; Graf zu Dohna Seite 159, Fräb Seite 29, OLGMünchenSt. 2, 241.

256) Ertel im GerS 84, 335.

257) a.a.O. Seite 326.

258) a.a.O. Seite 328.

die Durchführung der im Eröffnungsbeschluß getroffenen Anordnung der Sachprüfung nicht ausgeschlossen. § 264 bleibt wirksam, und der Eröffnungsbeschluß muß in der Hauptverhandlung erledigt werden[259]). Einstellung außerhalb der Hauptverhandlung ist also nur zulässig, wenn durch förmliche Urteilshindernisse jede Sachprüfung ausgeschlossen ist. Bei Undurchführbarkeit einer Hauptverhandlung wegen gegenwärtiger Geisteskrankheit des Angeklagten besteht aber die Möglichkeit zu einer vorläufigen Einstellung.

Die Einstellung erfolgt außerhalb der Hauptverhandlung durch Beschluß. Zustimmung der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten ist nicht erforderlich[260]). Zuständig für die Einstellung ist das Gericht, an das die Sache durch den Eröffnungsbeschluß verwiesen worden ist. Es entscheidet in der für eine Beschlußfassung vorgesehenen Besetzung. Die von Puchelt vertretene Auffassung, daß das Eröffnungsgericht die Einstellung zu beschließen habe, ist nicht zutreffend[261]). Denn dieses Gericht hat mit Erlaß des Eröffnungsbeschlusses seine Zuständigkeit verloren. Es kann in der nunmehr beim erkennenden Gericht anhängigen Strafsache keine Beschlüsse mehr fassen.

Der Beschluß ist mit der einfachen Beschwerde gemäß § 304 anfechtbar. Rechtskraftwirkung besitzt er nicht. Auch eine entsprechende Anwendung des § 211 ist ausgeschlossen. Denn diese Vorschrift betrifft den Fall der Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens, während in dem Einstellungsbeschluß ein Eröffnungsbeschluß erledigt wird. Das Fehlen der Rechtskraft ist aber praktisch nicht von erheblicher Bedeutung. Denn die Wirkung eines Einstellungsurteils geht nur soweit, daß keine neue Klage erhoben werden kann, solange der zur Einstellung führende Grund vorhanden ist. Diese Wirkung wird aber auch bei einem Einstellungsbeschluß ohne Hauptverhandlung tatsächlich stets berücksichtigt werden.

II. DIE BESONDERS GEREGELTEN FÄLLE DER VERFAHRENSEINSTELLUNG.

1. §§ 153 bis 154 b.

Die Vorschriften der §§ 153 bis 154 b bilden Ausnahmen vom Verfolgungs- und Anklagezwang. Sie gestatten in bestimmten Fällen, von einer Verfolgung abzusehen oder ein bereits eingeleitetes Verfahren wieder abzubrechen.

§ 153 bestimmt, daß geringfügige Straftaten nicht verfolgt werden sollen. Diese Vorschrift war der Strafprozeßordnung in ihrer

259) Weber in ZStRW 39, 79 ff., OLGMünchenSt. 1, 121 f., OLGSamml. 2, Nr. 66.
260) Rosenberg 2. Buch 5. Abschnitt Note 3 a.
261) Puchelt zu §§ 212, 213 Note 2.

ursprünglichen Fassung unbekannt. Es bestand der Grundsatz, daß jede Straftat vor das ordentliche Gericht gebracht werden mußte. Aber schon der Entwurf von 1908 wollte diesen Grundsatz durchbrechen. Er bestimmte, daß in solchen Sachen, die vor den Amtsgerichten ohne Schöffen zu verhandeln sind, die Staatsanwaltschaft keine Klage zu erheben braucht, „wenn die Verfolgung des Verdächtigen durch das öffentliche Interesse nicht geboten erscheint“ [262]). In der Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4. Januar 1924 (RGBl. Teil I, Seite 15) wurde die Bestimmung geschaffen, die durch die neue Bekanntmachung der Strafprozeßordnung vom 22. März 1924 (RGBl. Teil I, Seite 299 ff.) als jetziger § 153 in die Strafprozeßordnung aufgenommen wurde.

Die Staatsanwaltschaft braucht Übertretungen nicht zu verfolgen, wenn die Schuld des Täters gering ist und die Folgen der Tat unbedeutend sind und kein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung besteht, § 153 Abs. 1. Bei Vergehen muß die Staatsanwaltschaft die Zustimmung des Amtsrichters einholen, wenn sie wegen geringer Schuld des Täters und unbedeutender Folgen der Tat von der Verfolgung absehen will, § 153 Abs. 2. Die Zustimmung gemäß Abs. 2 ist von dem Amtsrichter zu erteilen, der für das Hauptverfahren zuständig wäre [263]). Die von einem unzuständigen Richter erteilte Zustimmung ist völlig unwirksam [264]). Wird die Zustimmung abgelehnt, so hat die Staatsanwaltschaft dagegen das Rechtsmittel der Beschwerde [265]). — Die Zustimmung des Amtsrichters ist auf die Entschlußfreiheit der Staatsanwaltschaft ohne Einfluß. Sie schafft nur die Möglichkeit, das Verfahren abzubrechen, ohne dazu zu zwingen. Es kann daher die Staatsanwaltschaft trotz der Zustimmung des Amtsrichters zum Abbruch noch Anklage erheben [266]).

Wenn die Staatsanwaltschaft sich zum Abbruch entschließt, so sind die Vorschriften der §§ 170 ff. anwendbar. Das Anfechtungsrecht des Verletzten ist aber in einer Beziehung eingeschränkt. Auch wenn er die Geringfügigkeit der Schuld und der Tatfolgen bejaht, kann er nicht wirksam den Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellen. Denn in diesen Fällen ist nur die Frage des öffentlichen Interesses an einer gerichtlichen Entscheidung streitig. Das ist aber eine reine Ermessensfrage für die Staatsanwaltschaft, die der Nachprüfung durch das Gericht entzogen ist [267]). Selbstverständlich bleibt das Recht zur Aufsichtsbeschwerde auch in diesem Falle bestehen. Andere Einschränkungen gibt es aber nicht. Zwar wird die Auffassung vertreten, daß bei der Einstellung nach Abs. 2 überhaupt

262) Entwurf 1908 § 154.
263) Dalcke § 153 Note 85 a.
264) Dörr zu § 153 Abs. 2.
265) Dalcke § 153 Note 85, Kiesow § 153 Note 7.
266) Dörr zu § 153 Abs. 2, Kiesow § 153 Note 7, Nagler im GerS 90, 425, RGS 67/316.
267) Kiesow § 153 Note 3, Schäfer-Hartung § 172 Note 1.

kein Anrufungsrecht an das Gericht besteht[268]). Diese Ansicht wird damit begründet, daß die Frage der Erhebung der öffentlichen Klage in diesem Falle von dem Ermessen der Staatsanwaltschaft abhängig gemacht sei. Schäfer-Hartung halten zwar das Fehlen der Voraussetzungen geringer Schuld und unbedeutender Tatfolgen für möglich, aber sie halten die Nachprüfung dennoch für ausgeschlossen, „da ja die Einstellung in diesem Falle nur mit Zustimmung des Gerichts erfolgen kann und dadurch die erforderliche richterliche Garantie bereits geschaffen ist“[269]). Kiesow meint, daß die Zustimmung des Amtsrichters jeden Anklagezwang beseitige. Der Anklagezwang fällt aber nur dann fort, wenn tatsächlich die Voraussetzungen der geringen Schuld des Täters und der unbedeutenden Folgen der Tat vorliegen. Die Prüfung dieser Frage ist dem Gericht nicht entzogen. Denn beim Fehlen dieser Voraussetzungen bleibt trotz der Zustimmung des Amtsrichters der Anklagezwang bestehen; die Zustimmung kann den Mangel nicht heilen[270]). Man wird auch nicht zugeben können, daß die Zustimmung eines Amtsrichters dem Verletzten dieselbe richterliche Sicherheit bietet wie die Entscheidung eines Oberlandesgerichts. Schließlich bleibt noch zu erwägen, daß die Zustimmung des Amtsrichters bei Vergehen nicht geschaffen ist, damit die Staatsanwaltschaft eine größere Freiheit in ihrem Ermessen besitzen, sondern damit eine verschärfte Nachprüfung des gesamten Tatbestandes erfolgen sollte.

Die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft ist ohne Rechtskraftwirkung, auch wenn sie gemäß Abs. 2 mit Zustimmung des Amtsrichters ergangen ist. Denn die Zustimmung ist keine sachliche Entscheidung des Gerichts; sie soll nur die Voraussetzung schaffen, damit die Staatanwaltschaft beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch bei Vergehen von der Verfolgung absehen kann. Da jedoch die Staatsanwaltschaft an die Zustimmung in keiner Weise gebunden ist, sondern auch jetzt nach eigener Entscheidung das Verfahren einstellt, hat diese Verfügung ebensowenig Rechtskraftwirkung wie jede andere Einstellung durch die Staatsanwaltschaft[271]).

Die Erhebung der öffentlichen Klage beendet nicht die Einstellungsmöglichkeit wegen Geringfügigkeit. Sie ist aber jetzt nach § 153 Abs. 3 an das Gericht übergegangen. Oft wird sich erst im Laufe des weiteren Verfahrens zeigen, daß eine ursprünglich schwerer bewertete Tat nur einen leichten Fall darstellt, der zur Einstellung wegen Geringfügigkeit Veranlassung gibt. Die Einstellung ist aber stets, auch bei Übertretungen, von der Zustimmung der Staatsanwaltschaft abhängig. Es ist gleichgültig, ob die Anregung zur Einstellung vom Gericht oder von der Staatsanwaltschaft ausgegangen

268) Dörr zu § 153 Abs. 2, Dalcke § 153 Note 86, Kiesow § 153 Note 3, Schäfer-Hartung § 172 Note 1, Schlosky in GA 71, 287.
269) Schäfer-Hartung § 172 Note 1.
270) Nagler im GerS 90, 425 f.
271) Rosenberg Ergänzung Seite 40, RGS 67/316.

ist[272]). — Eine Zustimmung des Nebenklägers zur Einstellung ist nicht erforderlich. Im Hinblick auf die dem Nebenkläger durch die §§ 397, 385 gewährte Rechtsstellung, nach der er grundsätzlich ebenso wie der Staatsanwalt zu hören ist, ist dies zunächst zwar zweifelhaft. Die Zustimmung des Nebenklägers wird daher auch verschiedentlich gefordert[273]). Diese Meinung wird von Loening damit begründet, daß er die Zustimmung des Staatsanwalts als einen Ausfluß seiner Parteistellung betrachtet. Nach seiner Auffassung handelt es sich bei § 153 Abs. 3 „lediglich um die Frage, ob von dem an und für sich vorliegenden staatlichen Strafanspruch auch im gegebenen Fall Gebrauch gemacht werden soll oder nicht". Demgemäß erklärt der Staatsanwalt seine Zustimmung dazu, „daß im konkreten Fall von einer Strafe abgesehen werden kann, er schafft eine prozessuale Voraussetzung, damit das Gericht den Einstellungsbeschluß fassen kann"[274]). Die Ansicht von Loening über das Wesen des § 153 ist aber unrichtig. Die Bestimmung schafft nicht eine bloße Möglichkeit, deren Anwendung in das Belieben der zuständigen Behörden gestellt ist. Sie ist beim Vorliegen ihrer Voraussetzungen zwingend, und das pflichtmäßige Ermessen betrifft nicht die Frage, ob bei Vorliegen der Voraussetzungen einzustellen sei, sondern ob diese Voraussetzungen an sich vorliegen. Die geforderte Zustimmung stellt sich demnach als eine für die zustimmende Behörde geschaffene Prüfungspflicht der Voraussetzungen des § 153 dar, sie ist geschaffen, um den Schutz vor falscher Anwendung zu vergrößern. In diesem Sinne ist die Zustimmung des Staatsanwaltes ein Ausfluß seiner Amtsgewalt[275]). Der Nebenkläger besitzt daher keinen Anspruch, gehört zu werden[276]). Das Gericht wird aber, soweit dem keine Hindernisse entgegenstehen, im allgemeinen den Nebenkläger hören und bei seiner Beschlußfassung dessen Belange berücksichtigen.

Die Einstellung durch das Gericht kann in jeder Lage des Verfahrens erfolgen, sie ist auch in der Hauptverhandlung möglich und wird erst durch den Erlaß des Urteils ausgeschlossen. Auch das Berufungsgericht kann das Verfahren einstellen, dagegen nicht mehr das Revisionsgericht. Denn die Einstellung setzt eine Tatsachenprüfung durch das Gericht voraus, die dem Revisionsgericht verwehrt ist. „Für die Anwendung des § 153 kommt es vornehmlich auf die Erforschung und Würdigung tatsächlicher Verhältnisse an, insbesondere auf die Ermittlung des äußeren Tatbestandes, die Wertung der Persönlichkeit und der ‚Schuld' des Täters, die Feststellung der Folgen der Tat und das Abwägen aller dieser miteinander in Bezie-

272) Rosenfeld 1926 Seite 98, Gerland Seite 162.

273) so von Beling Seite 142, Kohlrausch § 153 Note 9, Kiesow § 153 Note 8, Loening in JRdsch 1925 (1), 347 ff.

274) Loening in JRdsch. 1925 (1), Seite 348 f.

275) Güntzer in DJZ 1924 (29), 943.

276) Rosenfeld 1926 Seite 98 Note, Rosenberg § 153 Note 7, Dörr zu § 153 Abs. 3, Dalcke § 153 Note 86 a, Feisenberger § 153 Note 8, Schäfer-Hartung § 153 Note 9, Schlosky in GA 71, 287.

hung zu bringenden tatsächlichen Ermittlungsergebnisse gegeneinander“ [277]). Wenn Mannheim die Einstellung nach § 153 als eine Rechtsfrage ansieht, die demgemäß auch dem Revisionsgericht vorgelegt werden kann [278]), so muß eingewendet werden, daß solche Fragen, die nur auf Grund einer Tatsachenwürdigung und pflichtmäßigen Ermessens beantwortet werden können, überhaupt keine Rechtsfragen sein können. Auch die allgemeine Verpflichtung des Revisionsgerichts, über Prozeßvoraussetzungen tatsächliche Feststellungen zu treffen, kann nicht zur Begründung herangezogen werden [279]). Denn das Fehlen einer Prozeßvoraussetzung macht das ganze Verfahren unzulässig, und deshalb können der Prüfung dieser Frage keine Grenzen gezogen werden. Im Falle des § 153 Abs. 3 wird dagegen erst durch die Einstellung ein Hindernis für die Fortführung des Verfahrens geschaffen [280]). Die Ansicht, daß durch § 153 „den Gerichten die Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechts übertragen worden ist, das im Ergebnisse jedenfalls mit einem Gnadenakte gleichbedeutend ist“ [281]), ist deshalb abzulehnen, weil ein Gnadenakt die Fortführung eines von ihm begünstigten Verfahrens verbietet, während im Falle des § 153 durch eine Ermessensentscheidung die weitere Verfolgung ausgeschlossen wird. Daher kann das Revisionsgericht nicht mehr in eine Untersuchung eintreten, ob die Voraussetzungen einer Einstellung nach § 153 Abs. 3 gegeben sind [282]). Eine Ausnahme ist jedoch zu billigen, auf die Loening aufmerksam gemacht hat: Hat das Gericht in der Vorinstanz die Voraussetzungen für eine Einstellung für gegeben erachtet und nur deshalb nicht einstellen können, weil die Staatsanwaltschaft die Zustimmung verweigerte, so steht einer Einstellung durch das Revisionsgericht nichts entgegen, wenn die Staatsanwaltschaft nunmehr ihre Zustimmung erteilt. Denn die erforderliche Prüfung und Würdigung hat sodann im vollen Umfange mit dem Ergebnis stattgefunden, daß die Voraussetzungen einer Einstellung gegeben sind [283]).

Im Privatklageverfahren kann § 153 nicht angewendet werden, da diese Vorschrift sich nur auf Verfahren nach öffentlicher Klage bezieht. Wenn der Privatkläger die Sache nicht weiter verfolgen will, so ist ihm die Möglichkeit gegeben, nach § 391 Abs. 1 seine Klage zurückzunehmen [284]).

„Zuständig für den Einstellungsbeschluß ist in der Hauptverhandlung das mit der Sache befaßte Gericht, außerhalb der Haupt-

277) RGS 59/55.
278) Mannheim in JW 1925 (54), 1000.
279) So Jonas in JW 1924 (53), 1626.
280) KG in GA 71, 261.
281) OLGSamml 1, Nr. 340; ebenso noch für Einstellungen durch das Revisionsgericht Rosenfeld 1926 Seite 98, OLG Kiel in ZStRW 1925 (46), 173.
282) Rosenberg § 153 Note 7, Kohlrausch § 153 Note 10, Dalcke § 153 Note 86 a, Feisenberger § 153 Note 8, Kiesow § 153 Note 8, Schäfer-Hartung § 153 Note 9, Nagler im GerS 90, 426, BayObLGSt in GA 71, 111.
283) Loening in JRdsch. 1925 (1), 341 f.
284) Rosenfeld 1926 Seite 98, Rosenberg § 153 Note 8 Abs. 3, Dalcke § 153 Note 82, Schäfer-Hartung § 153 Note 13; a. M. Kiesow § 153 Note 8.

verhandlung der Amtsrichter (GVG § 22 Abs. 4) oder die Strafkammer (GVG § 73, 82 Abs. 2) oder die richterlichen Mitglieder des Schwurgerichts (GVG § 82 Abs. 2)“ [285]). Das Gericht hat seine Entscheidung auf Grund pflichtmäßigen Ermessens zu treffen. Kommt es bei Würdigung aller Umstände zu der Überzeugung, daß die Voraussetzungen des § 153 gegeben sind, so muß es das Verfahren einstellen [286]). Die Einstellung geschieht durch Beschluß.

Der Einstellungsbeschluß des Gerichts ist unanfechtbar. Dies gilt aber nur dann, wenn er zulässigerweise ergangen ist. Ist aber die Einstellung ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft erfolgt, handelt es sich um ein Verbrechen, oder ist das Gericht nicht zuständig gewesen, so kann der Beschluß mit der Beschwerde angefochten werden [287]).

Das Recht des Verletzten, ein Privatklageverfahren gegen den Angeschuldigten einzuleiten, wird durch den Einstellungsbeschluß nicht berührt [288]). Denn der Verzicht des Staates auf seinen Strafanspruch hat nicht die Wirkung, daß damit auch das Recht des Verletzten verbraucht ist [289]). So wenig die Ablehnung der Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft dem Verletzten die Möglichkeit nimmt, die Sache im Privatklageverfahren zu verfolgen, so wenig kann die Einstellung durch das Gericht wegen Geringfügigkeit diese Folge haben [290]).

Die Unanfechtbarkeit des gerichtlichen Einstellungsbeschlusses bewirkt, daß er Rechtskraft erlangt und das Strafklagerecht verbraucht [291]). Er enthält die sachliche Feststellung, daß die Tat kein Verbrechen, daß die Schuld des Täters gering ist und daß die Folgen der Tat unbedeutend sind. Eine Wiederaufnahme der Klage ist ausgeschlossen. Beling will zwar § 211 entsprechend anwenden, wenn hinsichtlich der Schuld oder der Tatfolgen neue Tatsachen oder Beweismittel vorliegen [292]). § 211 kann hier aber nicht herangezogen werden. Daß seine Anwendung vom Gesetz nicht vorgesehen ist, ergibt sich durch Beweis aus dem Gegenteil aus dem gleichzeitig eingefügten § 154 und aus § 32 JGG, in denen die Wiederaufnahme der Klage ausdrücklich zugelassen ist [293]). Jedoch ist die Rechtskraftwirkung in einer Hinsicht zu beschränken: sie fällt fort, wenn sich herausstellt, daß kein Vergehen, sondern ein Verbrechen vorliegt [294]). Denn in diesem Falle durfte kein Einstellungsbeschluß

285) Feisenberger § 153 Note 9.
286) Rosenberg Ergänzung Seite 40, HRR 1933, Nr. 975.
287) Feisenberger § 153 Note 10, Schäfer-Hartung § 153 Note 10.
288) Rosenberg § 153 Note 8 Abs. 3, Dörr zu § 153 Abs. 3.
289) a. M. Schlosky in GA 71, 288.
290) OLG Naumburg in JRdsch. 1, Nr. 180.
291) Dalcke § 264 Note 51 I.
292) Beling Seite 366; ebenso Nagler im GerS 90, 426.
293) Gerland Seite 162, Rosenberg 1933 § 153 Note 7 a, Dörr zu § 153 Abs. 3, Feisenberger § 153 Note 11, Kiesow § 153 Note 8, Schäfer-Hartung § 153 Note 9.
294) Kohlrausch § 153 Note 11, RGS 65/292 ff.

ergehen, und in diesem Umfang kann er deshalb einer Rechtskraft nicht fähig sein.

Die Vorschriften der §§ 154, 154 a und 154 b schaffen weitere Ausnahmen vom Verfolgungszwang. § 154, der durch dieselbe Bekanntmachung wie § 153 in die Strafprozeßordnung eingefügt worden ist, ist eine Ersetzung und Ergänzung des früheren § 208. Die Neuerung liegt darin, daß die Staatsanwaltschaft nunmehr bei Vorliegen eines entsprechenden Sachverhalts von sich aus das Verfahren einstellen kann, während sie nach § 208 stets verpflichtet war, Anklage zu erheben und nur das Gericht zu einer Einstellung des Verfahrens befugt war. Diese Änderung war bereits in § 154 des Entwurfs Reichstagsverhandlungen Band 270 vorgesehen. — § 154 a ist durch das Deutsche Auslieferungsgesetz vom 23. Dezember 1929 (RGBl. Teil I, S. 239), § 154 b durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. Juni 1935 (RGBl. Teil I, Seite 844) eingefügt worden. Beide Vorschriften fehlten früher in der Strafprozeßordnung.

Die Staatsanwaltschaft kann von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen, wenn ein Sachverhalt der in den §§ 154 bis 154 b vorgesehenen Arten vorliegt. Diese Bestimmungen sind auch bei Verbrechen anwendbar; eine Zustimmung des Amtsrichters, wie sie im § 153 Abs. 2 angeordnet ist, ist nicht vorgesehen [295]). Die Staatsanwaltschaft trifft ihre Entscheidung auf Grund ihres pflichtmäßigen Ermessens. Auf die Einstellung sind die Vorschriften der §§ 170 ff. anzuwenden. Dem Verletzten steht jedoch nur die Aufsichtsbeschwerde, nicht auch der Antrag nach § 172 zu, weil die Einstellung nach den §§ 154 bis 154 b auf einer Zweckmäßigkeitserwägung beruht, deren Entscheidung nur der Staatsanwaltschaft, nicht auch dem Gericht zusteht [296]). Eine Wiederaufnahme durch die Staatsanwaltschaft ist jederzeit möglich; die Beschränkungen, die in § 154 Abs. 3 bis 5 und § 154 a Abs. 4 vorgesehen sind, gelten nur für die Einstellung, die das Gericht nach Erhebung der öffentlichen Klage vorgenommen hat [297]).

Nach Erhebung der öffentlichen Klage kann im Falle des § 154 b ein Abbruch nicht mehr erfolgen. In den übrigen Fällen ist er aber noch zulässig. Die Zuständigkeit zur Einstellung ist aber jetzt auf das Gericht übergegangen, §§ 154 Abs. 2, 154 a Abs. 4.

Die gerichtliche Einstellung setzt einen Antrag der Staatsanwaltschaft voraus. Eine Einstellung von Amts wegen ist nicht zulässig [298]). Wenn der Antrag nach § 154 Abs. 2 gestellt wird, so kann das Gericht auch die Zweckmäßigkeit prüfen [299]). Denn es

---

295) Kohlrausch § 154 b Note 3, Dalcke § 154 Note 87, Schäfer-Hartung § 154 Note 3.
296) Kiesow § 154 Note 5.
297) Schäfer-Hartung § 154 Note 4.
298) Feisenberger § 154 Note 4.
299) Kiesow § 154 Note 9.

hat seine Entscheidung nach seinem freien Ermessen zu treffen. — Die Einstellung ist aber nur zulässig, wenn die Straftaten, deren Verfolgung eingestellt werden soll, in keinem Fortsetzungszusammenhang mit den anderen Taten stehen. Bei einer fortgesetzten Handlung kann daher das Verfahren nicht hinsichtlich unselbständiger Teile eingestellt werden. Das ergibt sich aus den Vorschriften der Abs. 3 bis 5, nach denen unter bestimmten Voraussetzungen das Verfahren fortgeführt werden kann. Da aber bei einer fortgesetzten Handlung die gesamte Tat abgeurteilt wird, wäre eine Fortsetzung hinsichtlich der unselbständigen eingestellten Teile ausgeschlossen. [300]). Das Reichsgericht steht auf dem gleichen Standpunkt, und es erklärt eine dennoch erfolgte Einstellung für unwirksam, da der Einstellungsbeschluß und das demnächst in derselben Hauptverhandlung ergehende Urteil sich widersprechen [301]). — Dem Antrage nach § 154 b hat das Gericht ohne weiteres zu entsprechen. Das folgt aus den Worten „so stellt das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren vorläufig ein" im § 154 a Abs. 4 im Gegensatz zu der Bestimmung „so kann das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft das Verfahren vorläufig einstellen" im § 154 Abs. 2. — Eine Zustimmung des Nebenklägers zur Einstellung ist nicht erforderlich, da hier ebenso wie im § 153 Abs. 3 das Recht der Staatsanwaltschaft in ihrer Amtsstellung begründet ist [302]). Es ist jedoch zweckmäßig, den Nebenkläger zu hören, weil er jederzeit das Recht hat, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu beantragen [303]).

Die vorläufige Einstellung gemäß § 154 Abs. 2 kann im Laufe des ganzen Verfahrens, außer in der Revisionsinstanz, erfolgen. Feisenberger bezieht zwar die Vorschrift nur auf das Vorverfahren [304]). Aber auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens kann sich das Bedürfnis herausstellen, zur Vermeidung einer unnötigen Häufung von Klagen einzelne von ihnen auszuscheiden. Vom Revisionsgericht kann § 154 Abs. 2 jedoch nicht angewendet werden, weil die Zweckmäßigkeit der vorläufigen Einstellung zu prüfen ist, während das Revisionsgericht nur Rechtsfragen zu entscheiden hat [305]). Die vorläufige Einstellung nach § 154 a Abs. 4 kann dagegen auch durch das Revisionsgericht erfolgen, da hier keinerlei Prüfung vorzunehmen ist, sondern das Gericht dem Antrage der Staatsanwaltschaft ohne weiteres stattzugeben hat.

Die vorläufige Einstellung geschieht in den Fällen der §§ 154 Abs. 2, 154 a Abs. 4 durch Gerichtsbeschluß. Lehnt das Gericht im

300) Rosenberg Ergänzung Seite 41, Fräb in JW 63, 2475.
301) HRR 1935, Nr. 153.
302) Feisenberger § 154 Note 4, Schäfer-Hartung § 154 Note 5.
303) Kiesow § 154 Note 6.
304) Feisenberger § 154 Note 6.
305) Rosenberg § 154 Note 5, Kohlrausch § 154 Note 4, Dörr zu § 154 Abs. 2, Dalcke § 154 Note 87 a, Schäfer-Hartung § 154 Note 5, DJZ 1924 (29), 324.

Falle des § 154 Abs. 2 die vorläufige Einstellung ab, so steht der Staatsanwaltschaft dagegen die einfache Beschwerde zu [306]). Für den Beschuldigten ist aber gegen den Beschluß auf vorläufige Einstellung, auch nach § 154 a Abs. 4, kein Rechtsmittel gegeben [307]). In der vorläufigen Einstellung kann zwar insofern eine Beschwer für den Beschuldigten erblickt werden, als die Gefahr des Verlustes ihm günstiger Beweismittel vorhanden ist und er deshalb in einem wiederaufgenommenen Verfahren schlechter gestellt sein könnte [308]). Feisenberger gibt daher auch dem Beschuldigten das Beschwerderecht [309]). Dies widerspricht aber dem Zweck des § 154. Durch diese Vorschrift soll eine Vereinfachung des Verfahrens erreicht werden, die durch die Zulassung der Beschwerde vereitelt würde. Daher muß aus dem Sinn des § 154 geschlossen werden, daß ein Beschwerderecht des Beschuldigten ausgeschlossen ist [310]). — Die vorläufige Einstellung gemäß § 154 Abs. 2 bewirkt eine Unterbrechung der Verjährung, da sie auf Grund einer Sachprüfung erfolgt und die Feststellung enthält, daß eine strafbare Handlung vorliegt [311]). Die vorläufige Einstellung nach § 154 a Abs. 4 dagegen kann die Verjährung nicht unterbrechen, da ihr keine Prüfung des Gerichts vorausgegangen ist.

Die Wiederaufnahme des nach den Vorschriften der §§ 154 Abs. 2, 154 a Abs. 4 vorläufig eingestellten Verfahrens erfolgt nach den Vorschriften der Abs. 3 bis 5 des § 154. Sie setzt einen Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Nebenklägers voraus. Von Amts wegen kann das Gericht das Verfahren nicht fortsetzen [312]). Die Wiederaufnahme ist im Falle des Abs. 3 erst nach Fortfall der rechtskräftig erkannten Strafe möglich, während die Fristsetzung im Abs. 4 nur zur Bestimmung des Endpunktes der Frist erfolgt und deshalb die Fortsetzung auch schon vor Erlaß des Urteils zulässig ist [313]). Das Gericht darf bei einem Wiederaufnahmeantrag nur die Rechtmäßigkeit, dagegen nicht die Zweckmäßigkeit prüfen. Denn die Frage der Zweckmäßigkeit kann nur die Staatsanwaltschaft entscheiden, da es sich bei der vorläufigen Einstellung um eine Einschränkung des Verfolgungsgrundsatzes handelt [314]). Gegen die Ablehnung des Antrags steht der Staatsanwaltschaft das Rechts-

---

306) Rosenberg § 154 Note 5, Kiesow § 154 Note 6.

307) Rosenberg § 154 Note 5, Dalcke § 154 Note 87 a, Kiesow § 154 Note 6, Schäfer-Hartung § 154 Note 5.

308) OLGSamml 1, Nr. 340 A.

309) Feisenberger § 154 Note 6.

310) BayZ 1926 (22), 196.

311) Dörr zu § 154 Abs. 2, Feisenberger § 154 Note 7.

312) Rosenberg § 154 Note 6, Dörr zu § 154 Abs. 5, Kiesow § 154 Note 8, Schäfer-Hartung § 154 Note 6; a. M. Feisenberger § 154 Note 10.

313) Rosenberg § 154 Note 7, Dörr zu § 154 Abs. 4, Feisenberger § 154 Note 9, Kiesow § 154 Note 8, BayObLGSt. 13, 136 f.

314) Dörr zu § 154 Abs. 5, Schäfer-Hartung § 154 Note 6, Nagler im GerS 90, 427; a. M. Feisenberger § 154 Note 10.

mittel der Beschwerde zu. Die Wiederaufnahme, die durch einen Gerichtsbeschluß erfolgt, kann vom Beschuldigten nicht angefochten werden. Die Zulässigkeit der Wiederaufnahme ist Prozeßvoraussetzung für das weitere Verfahren und muß deshalb vom erkennenden Gericht geprüft werden. Der Beschluß enthält daher keine Beschwer für den Beschuldigten [315]).

2. § 205.

Neben der allgemeinen Einstellungsmöglichkeit des § 204 ist dem über die Eröffnung des Hauptverfahrens beschließenden Gericht die besondere des § 205 gegeben. Nach dieser Bestimmung kann bei Hindernissen, die in der Person des Angeschuldigten begründet sind, vorläufige Einstellung beschlossen werden. Das Gesetz nennt nur die Fälle der Abwesenheit und der nach der Tat eingetretenen Geisteskrankheit des Angeschuldigten. Diese Vorschrift soll jedoch ausdrücken, daß das Verfahren bei solchen Hindernissen nicht endgültig abgeschlossen werden soll, die nur in der Person des Angeschuldigten liegen und deren Beseitigung denkbar ist. Zudem handelt es sich bei diesen Fällen nicht um die Unmöglichkeit einer Verurteilung, sondern um die Unmöglichkeit der Abhaltung einer Hauptverhandlung. Für den Fall der Heilung eines derartigen Mangels soll die Möglichkeit einer Fortsetzung offengehalten werden. Aus diesen Erwägungen ist es zweckentsprechend, den § 205 auf gleichgelagerte Fälle anzuwenden [316]). Demgemäß wurde im § 157 des Entwurfs Reichstagsverhandlungen Bd. 270 allgemein bestimmt, daß das Verfahren bis auf weiteres eingestellt werden solle, „solange dem Verfahren ein Hindernis in der Person des Verdächtigen entgegensteht, dessen Beseitigung nicht in absehbarer Zeit zu erwarten ist" [317]). — Als gleichgelagerte Fälle sind langdauernde körperliche Krankheit und Taubstummheit, die eine Verständigung mit dem Angeschuldigten ausschließt, anzusehen. Eine schwere Krankheit macht das Erscheinen vor Gericht unmöglich und verhindert damit die Hauptverhandlung. Der Einwand, man könne die Sache bis zur Genesung vertagen, ist nicht stichhaltig. Denn bei der Geisteskrankheit könnte dann ebenso verfahren werden. Durch § 205 ist aber ausdrücklich bestimmt, daß bei solchen Hindernissen vorläufig eingestellt werden soll [318]). Ebenso ist bei Taubstummheit eine Hauptverhandlung mit dem Angeschuldigten ausgeschlossen. Es besteht aber die Möglichkeit, daß einmal ein Dolmetscher gefunden wird, der sich mit dem Taub-

315) Kiesow § 154 Note 8, Schäfer-Hartung § 154 Note 6.

316) Rosenberg § 205 Note 2, Feisenberger § 205 Note 3, Isenbarth-Sammter § 203 Note 34; a. M. Bennecke-Beling Seite 496, ohne Begründung.

317) Vgl. auch Begründung Seite 126.

318) Fuchs in HH Band 2, Seite 36 f.; ebenso Graf zu Dohna Seite 150, v. Kries Seite 516, Ullmann Seite 434, Kohlrausch § 205 Note 4, Oetker in GA 66, 470, OLGSamml. 2, Nr. 43.

stummen verständigen kann. Deshalb ist vorläufige Einstellung angebracht[319]). Jedoch ist zu beachten, daß im § 205 keine rechtlichen Hindernisse genannt sind. Diese Umstände bedingen eine endgültige Einstellung. Daher ist die Ansicht Glasers abzulehnen, wonach bei Exterritorialität, die nach Begehung der Tat erworben ist, vorläufig einzustellen sei[320]). Vorläufige Einstellung ist völlig ausgeschlossen, wenn das Hindernis überhaupt nicht in der Person des Angeschuldigten liegt, da § 205 solche Fälle nicht anführt. Die Ansicht Mamroths, der bei fehlendem Antrag vorläufige Einstellung gestattet[321]), ist deshalb unrichtig, ebenso die Meinung Rintelens, der im Falle des § 262 vorläufige Einstellung zuläßt[322]). Völlig abzulehnen ist die Auffassung, die in einer vom Oberlandesgericht Düsseldorf erlassenen Entscheidung niedergelegt ist, daß selbst beim Fehlen eines unentbehrlichen Zeugen vorläufige Einstellung erfolgen könne[323]).

Vorläufige Einstellung kann nur unter der Voraussetzung erfolgen, daß die Anklage erschöpfend geprüft ist und sich als einziger Grund für die Nichteröffnung des Hauptverfahrens das Hindernis herausgestellt hat, das die Veranlassung zur vorläufigen Einstellung bieten soll. Beim Vorliegen noch anderer Gründe muß endgültige Einstellung erfolgen. Das ergibt sich aus der Eigenschaft des § 205 als Sondervorschrift, die nur angewendet werden darf, wenn die allgemeinen Vorschriften nicht in Betracht kommen.

Die vorläufige Einstellung kann im Verfahren nach vorangegangener Voruntersuchung und auch nach unmittelbarer Anklage beschlossen werden. Ein Antrag der Staatsanwaltschaft auf vorläufige Einstellung ist nicht erforderlich. Sie kann auch ohne oder gegen den Antrag der Staatsanwaltschaft erfolgen[324]). Sie geschieht durch einfachen Beschluß des Gerichts.

Gegen den Beschluß auf vorläufige Einstellung steht der Staatsanwaltschaft und dem Angeschuldigten die einfache Beschwerde gemäß § 304 zu. Die §§ 210, 211 sind auf diesen Beschluß nicht anwendbar. Denn die vorläufige Einstellung ist keine Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens im Sinne dieser Bestimmungen. v. Schwarze glaubt allerdings aus der allgemeinen Wortfassung des § 210 Abs. 2 schließen zu müssen, daß sie auch die vorläufige Einstellung erfasse, und folgerichtig erklärt er auch den § 211 für anwendbar. Als neue Tatsache soll die Beseitigung des Umstandes angesehen werden, der die vorläufige Einstellung veranlaßt hat[325]). Eine Verschiedenheit zwischen dem Einstellungsbeschluß aus § 204

---

319) Birkmeyer Seite 612, Glaser Seite 432, Kohlrausch § 205 Note 3, Mamroth § 203 Note 1, Keller § 203 Note 3.
320) Glaser Seite 432.
321) Mamroth § 203 Note 1.
322) Rintelen Seite 148.
323) OLGSamml 2, Nr. 44.
324) Rosenberg § 205 Note 1, Isenbarth-Sammter § 196 Note 1.
325) v. Schwarze im GerS 36, 301, v. Schwarze § 209 Note 3.

und der vorläufigen Einstellung aus § 205 wird zwar von John anerkannt, da die erstere eine endgültige Ablehnung enthält, während die andere die Klage nur „zur Zeit" abweist. „Aber es liegt eine Ablehnung des Hauptverfahrens vor, wenn dieselbe auch nur eine ‚zur Zeit' erfolgte Ablehnung ist" [326]). Jedoch soll der Staatsanwaltschaft ein Anfechtungsrecht überhaupt nicht zustehen, wenn sie selbst endgültige Einstellung beantragte und das Gericht vorläufige Einstellung beschloß, weil „der Staatsanwaltschaft im Anklageinteresse mehr gewährt wird, als diese selbst beantragt hatte" [327]). Auch von Isenbarth-Sammter wird eine Ablehnung des Hauptverfahrens angenommen und dementsprechend § 210 Abs. 2 für anwendbar erklärt [328]); in Verkennung der Rechtskraftwirkung wird jedoch die Anwendung des § 211 ausgeschlossen [329]). Puchelt anerkennt zwar, daß der Angeschuldigte wegen seines Unschuldsbeweises ein großes Interesse an der Anfechtung haben kann; da aber nach seiner Meinung § 210 die ganze Materie ordnen will, kommt er zur Ablehnung eines Anfechtungsrechts für den Angeschuldigten [330]) und erklärt grundsätzlich § 210 für anwendbar, weil auch die vorläufige Einstellung gemäß § 205 als Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens anzusehen sei [331]). Diese Erwägungen gehen von einer unrichtigen Anschauung aus. Eine Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens im Sinne der §§ 210, 211 liegt nur dann vor, wenn endgültig die Nichteröffnung beschlossen ist. Bei der vorläufigen Einstellung ist das Gericht aber auf Grund umfassender Sachprüfung zu dem Ergebnis gekommen, daß das Hauptverfahren zu eröffnen sei, und es sieht sich hieran nur durch einen in der Person des Angeschuldigten liegenden Grund gehindert. Die vorläufige Einstellung kann deshalb als die Erklärung bezeichnet werden, daß unter der Bedingung der Heilung des Mangels ein Hauptverfahren stattzufinden habe. Man kann jedoch keinen Vergleich mit der endgültigen förmlichen Einstellung anstellen, der darauf gestützt werden könnte, daß auch bei der endgültigen Einstellung das Verfahren bei Fortfall des Einstellungsgrundes wiederaufgenommen werden kann. Denn die endgültige Einstellung erfolgt bei Kenntnis des Einstellungsgrundes ohne weitere sachliche Prüfung. Ob bei Wegfall des Hindernisses das Hauptverfahren eröffnet werden kann, muß von Grund auf untersucht werden. Hierbei kann ein anderer Hinderungsgrund gefunden werden. Während die vorläufige Einstellung also eine sachliche Bejahung der Anklage enthält, erfolgt die förmliche endgültige Einstellung ohne sachliche Stellungnahme. Wegen dieses grundlegenden Unterschie-

326) John Band 2, Seite 735.
327) John Band 2, Seite 759 f.
328) Isenbarth-Sammter § 209 Note 66.
329) Isenbarth-Sammter § 210 Note 69.
330) Puchelt § 209 Note 2.
331) Puchelt § 209 Note 3; vgl. auch noch Graf zu Dohna Seite 155, Bennecke-Beling Seite 500, Rosenfeld § 78 Note V, v. Kries Seite 519, Stenglein § 209 Note 2.

des kann in der vorläufigen Einstellung keine Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens im Sinne des § 210 Abs. 2 gesehen werden. — Die Anwendung des § 210 ist aber auch deshalb ausgeschlossen, weil die vorläufige Einstellung einer Rechtskraft überhaupt nicht fähig ist, während eine Fristsetzung für die Anfechtung notwendigerweise eine Rechtskraft zur Folge haben muß[332]). Denn die Staatsanwaltschaft kann jederzeit die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen. Dies würde nicht dadurch ausgeschlossen, daß § 210 Abs. 2 für anwendbar erklärt würde. Hierbei kann es sich aber nicht um eine Wiederaufnahme der Klage im Sinne des § 211 handeln, weil das Verfahren endgültig gar nicht erledigt, die Klage nicht zurückgewiesen war. Die durch die befristete Beschwerde entstehende Rechtskraftwirkung würde sich also in keiner Weise äußern können. Denn gegen die Ablehnung des Wiederaufnahmeantrags ist die einfache Beschwerde gemäß § 304 gegeben[333]). Der Staatsanwaltschaft steht also gegen den Beschluß auf vorläufige Einstellung die einfache Beschwerde zu, da dieses Rechtsmittel gegen alle Gerichtsbeschlüsse gegeben ist, soweit es nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist[334]). — Die vorläufige Einstellung enthält auch für den Angeschuldigten eine Beschwer. Da durch sie ausgesprochen ist, daß bei ihrem Fortfall ein Hauptverfahren gegen den Angeschuldigten stattfinden soll, hat dieser ein Interesse daran, daß die hierdurch für ihn entstehende Unklarheit möglichst bald beseitigt werde. Er muß außerdem befürchten, daß ihm günstige Beweismittel verloren gehen. Daher kann dem Angeschuldigten das Beschwerderecht nicht verweigert werden[335]). Der Beschluß auf vorläufige Einstellung kann von allen Prozeßbeteiligten mit der einfachen Beschwerde angefochten werden[336]).

Der Einstellungsbeschluß nach § 205 unterbricht die Verjährung. Da er ausspricht, daß auf Grund der von der Staatsanwaltschaft vorgelegten Ermittlungen Anlaß zur Durchführung eines Hauptverfahrens gegeben ist und die vorläufige Einstellung nur wegen eines in der Person des Angeschuldigten liegenden Hindernisses beschlossen werden muß, ist er als eine die Verjährung unterbrechende Handlung des Richters im Sinne des § 68 StGB anzusehen[337]).

Durch die vorläufige Einstellung wird das Verfahren zwar stillgelegt, es bleibt aber rechtshängig. Daher ist die Einleitung eines anderen Verfahrens unstatthaft[338]). Bei Fortfall des Einstellungsgrundes kann das Gericht das Verfahren von Amts wegen oder auf

---

232) Rosenberg § 210 Note 5.
333) Keller § 209 Note 4, Zimmermann im GerS 36, 613 f.
334) Ullmann Seite 437, OLGSamml 2, Nr. 46, BayObLGSt. 15, 1.
335) Glaser Seite 447 Anm. 8, OLGSamml 2, Nr. 47 b, BayObLGSt. 10, 226.
336) Rosenberg § 205 Note 5, Dörr zu § 205, Feisenberger § 205 Note 4, Lilienthal Seite 47, Oetker in GA 66, 472.
337) Rosenberg § 205 Note 6, Kohlrausch § 205 Note 4, Feisenberger § 205 Note 2, Isenbarth-Sammter § 203 Note 32, RGS 21/309, 27/82 f.
338) Beling Seite 364.

Antrag der Staatsanwaltschaft fortsetzen[339]). Eine ausdrückliche Aufhebung des Einstellungsbeschlusses ist nicht erforderlich, aber zulässig[340]). Stellt die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Fortsetzung, so hat das Gericht ihm nicht ohne weiteres zu entsprechen, sondern ihn auf Zulässigkeit und Erheblichkeit zu prüfen[341]). Ein Antrag, der nur die Unterbrechung der Verjährung und keine weiteren richterlichen Handlungen bezweckt, ist unstatthaft[342]). Wenn aber weitere Tätigkeiten beantragt sind, so kann das Gericht sie nicht deshalb ablehnen, weil es die Unterbrechung der Verjährung für unzweckmäßig hält. Denn das Gericht hat nur die Frage der Rechtmäßigkeit zu entscheiden, während die Frage der Zweckmäßigkeit von der Strafverfolgungsbehörde zu beantworten ist[343]).

Die Anwendbarkeit des § 205 ist nicht auf das Eröffnungsverfahren und das beschließende Gericht beschränkt. Auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens können Gründe eintreten, die eine vorläufige Einstellung bedingen. Es kann dann ein entsprechender Beschluß ergehen, der in beratender Sitzung zu fassen ist[344]). Dieser Beschluß kann auch in der Hauptverhandlung gefaßt werden[345]).

3. § 389.

Stellt sich in einem Privatklageverfahren heraus, daß die Handlung in dieser Verfahrensart nicht verfolgt werden kann, so muß Einstellung erfolgen, § 389. Dies gilt nicht nur in solchen Fällen, in denen nach der Anklage das Privatklageverfahren zwar zulässig war, sich jedoch im Laufe der weiteren Ermittlungen die Unzulässigkeit dieses Verfahrens herausstellt, sondern auch ein Verfahren, das auf eine von vornherein unzulässige Anklage hin nur irrtümlich eröffnet ist, muß eingestellt werden. Denn die von Anfang an vorhandene Unzulässigkeit kann nicht durch den Eröffnungsbeschluß geheilt werden[346]). — Die Bestimmung des § 389 unterscheidet sich von der Unzuständigkeitserklärung gemäß § 270. Sie erklärt die Verfolgung der Tat in dem begonnenen Verfahren für ausgeschlossen, während bei Verweisung nach § 270 das Verfahren zulässig ist und nur die Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts ausgesprochen wird. Daher muß auch dann Einstellung erfolgen, wenn das angegangene Gericht für das öffentliche Verfahren zuständig bliebe[347]). Sollte statt der Einstellung das Verfahren ge-

339) Bennecke-Beling Seite 497, Rosenberg § 205 Note 6, Feisenberger § 205 Note 5, Keller § 203 Note 5, BayObLGSt 1, 260.
340) Rosenberg § 205 Note 6, Feisenberger § 205 Note 5, OLGSamml 2, Nr. 48.
341) OLGSamml 2, Nr. 50.
342) OLGSamml 2, Nr. 51 b.
343) Rosenberg § 205 Note 6, OLGSamml 2, Nr. 51 c; a. M. OLG-Samml. 2, Nr. 51 a.
344) Rintelen Seite 188, Rosenberg 2. Buch 5. Abschnitt Note 3 b, Dörr zu § 205, Dalcke § 205 Note 29.
345) Rosenberg § 260 Note 3 Abs. 1, RGS 3/29 f., OLGSamml 2, Nr. 34.
346) Rosenberg § 389 Note 2 a, RGS 9/327 f.
347) Traut im GerS 1900 (57), 361 f.

mäß § 270 an ein anderes Gericht verwiesen worden sein, so wird dieses hierdurch nicht zur Sachentscheidung berechtigt, sondern es kann nur die Einstellung erklären, die von dem verweisenden Gericht hätte vorgenommen werden müssen [348]).

Das Gesetz nennt nur den Fall, daß sich die Unzulässigkeit des Privatklageverfahrens nach verhandelter Sache herausstellt. Die Einstellung muß dann durch Urteil erfolgen, § 389. Auch das Berufungsgericht kann das Verfahren einstellen. Die Vorschrift des § 328 Abs. 3 ist nicht anwendbar, da es sich nicht um eine Frage der Zuständigkeit, sondern der Zulässigkeit des Verfahrens handelt [349]). Das Revisionsgericht kann das Verfahren nur auf erhobene Rüge einstellen, da es gemäß § 352 keine Prüfung von Amts wegen vornehmen darf [350]). Zu weit geht Feisenberger, der mit dem Hinweis auf § 340 jede Einstellungsmöglichkeit ausschließen will [351]). Denn § 340 kann nur bei einer Sprungvision gemäß § 335 Abs. 1 angewendet werden. In diesem Falle ist allerdings keine Einstellung mehr möglich.

Schon vor der Hauptverhandlung kann das Verfahren eingestellt werden, wenn die fehlende Privatklagefähigkeit der angeklagten Tat festgestellt wird. § 389 steht dem nicht entgegen; denn es wird in dieser Vorschrift nur bestimmt, daß nach verhandelter Sache ein Einstellungsurteil zu ergehen habe, nicht aber, daß eine Einstellung nur nach verhandelter Sache zulässig, vorher dagegen verboten sein soll. Aus der grundsätzlichen Erwägung, daß eine Hauptverhandlung in einem unzulässigen Verfahren überflüssig ist, wenn sich bereits vorher die Unzulässigkeit herausgestellt hat, kann daher schon vor der Hauptverhandlung die Einstellung erfolgen. Da ein Urteil nur in der Hauptverhandlung erlassen werden kann, muß die Einstellung vor der Hauptverhandlung durch Beschluß erfolgen [352]).

Die Einstellung muß die Tatsachen, aus denen sie ergangen ist, hervorheben. Die Verhandlungen müssen der Staatsanwaltschaft mitgeteilt werden, § 389. Die Entscheidung ist mit den regelmäßigen Rechtsmitteln, also mit der Beschwerde beziehungsweise mit der Berufung oder Revision anfechtbar [353]).

Die Staatsanwaltschaft ist an die rechtskräftige Entscheidung insoweit gebunden, als sie den Strafantragsteller nicht mehr auf die Privatklage verweisen kann, da die strafbare Handlung unter die Bestimmung des § 374 Abs. 1 falle und ein öffentliches Interesse an der Verfolgung nicht vorhanden sei. Denn andernfalls würde

348) Rosenberg § 389 Note 3 a, RGS 23/416, 46/167 f.
349) Rosenberg § 389 Note 2 b.
350) Dörr zu § 389 Abs. 1.
351) Feisenberger § 389 Note 1.
352) Graf zu Dohna Seite 230, Gerland Seite 454, Dörr zu § 389 Abs. 1, Feisenberger § 389 Note 1.
353) Rosenberg § 389 Note 3 b, Feisenberger § 389 Note 2, Mamroth § 429 Note 3, Stenglein § 429 Note 2.

eine unlösbare Meinungsverschiedenheit zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht entstehen, die vom Gesetz nicht beabsichtigt sein kann[354]). Eine weitergehende Bindung der Staatsanwaltschaft kann aber nicht angenommen werden. Deshalb liegt für die Staatsanwaltschaft keine Pflicht zur Anklageerhebung vor. Außer ihrer Bindung in Bezug auf die fehlende Privatklagefähigkeit bleibt die Staatsanwaltschaft frei. Sie hat die Tat nach ihrem eigenen pflichtmäßigen Ermessen zu beurteilen, und es sind hierbei ihrer Wertung keine Schranken auferlegt[355]). — Gegen die Ablehnung einer Klageerhebung steht dem Antragsteller der Weg der §§ 172 ff. offen[356]). Wenn die Staatsanwaltschaft öffentliche Klage erhoben hat, so kann die Tat auch unter einem rechtlichen Gesichtspunkt gewertet werden, den das einstellende Gericht abgelehnt hatte[357]).

Übernimmt die Staatsanwaltschaft in einem Privatklageverfahren gemäß § 377 Abs. 2 die Verfolgung, so hat das die Bedeutung, daß sie an die Stelle des Privatklägers tritt. Das Verfahren wird dort fortgesetzt, wo es sich zur Zeit der Übernahmeerklärung befand. Einstellung findet nicht statt. Allerdings ist die Meinung vertreten worden, daß § 389 entsprechend anzuwenden sei. Es wurde geltend gemacht, der Eröffnungsbeschluß in einem Privatklageverfahren könne nicht die gleiche Wirksamkeit haben wie ein auf öffentliche Anklage ergehender Eröffnungsbeschluß. Außerdem ändere sich nach dem Gerichtsverfassungsgesetz die Zuständigkeit, da die gleichen Straftaten im Privatklageverfahren von einem anderen Gericht abzuurteilen seien als im öffentlichen Verfahren. Daher müsse das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 389 eingestellt werden, damit die Einleitung eines ordentlichen Verfahrens möglich sei[358]). Dieser Einstellung wurde aber nur die Bedeutung einer prozeßleitenden Verfügung zugesprochen, da sie nur dazu diente, das Verfahren in das öffentliche Verfahren überzuleiten[359]). Diese Auffassung ist jedoch allgemein aufgegeben worden, und zwar mit überzeugenden Gründen. Schon nach dem äußeren Wortlaut des Gesetzes kann nicht angenommen werden, daß die Übernahmeerklärung eine Einstellung des Verfahrens zur Folge haben soll. Da nach § 377 Abs. 2 Satz 2 die Übernahme auch durch Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen kann, kann das nur die Bedeutung haben, daß hierdurch das Verfahren in die nächste Instanz gebracht werden soll. Damit ist aber eine Einstellung unvereinbar[360]). Auch der Sinn der Vorschrift spricht gegen eine Verfahrens-

354) Rosenberg § 389 Note 3 b, Feisenberger § 389 Note 2.
355) Mamroth § 429 Note 3, Stenglein § 429 Note 2, Lucas Seite 407, Fleischmann in DJZ 1906 (11), 478.
356) Stenglein § 429 Note 2.
357) Rosenberg § 389 Note 3 b.
358) RGS 10/239, OLGSamml 3, Nr. 33.
359) RG in GA 48, 438, OLGSamml. 3, Nr. 332; ebenso für Einstellung Isenbarth-Sammter § 417 Note 14, Lucas Seite 397, OLG Frankfurt in GA 56, 346 f.
360) Graf zu Dohna Seite 232.

einstellung. Die Motive zum Gesetz besagen nur, daß die Staatsanwaltschaft „durchweg in die Stellung eintritt, welche ihr in dem Verfahren auf erhobene öffentliche Klage angewiesen ist“ [361]). Diese Stellung kann die Staatsanwaltschaft aber auch erlangen, wenn sie in das bisherige Verfahren eintritt. Die Staatsanwaltschaft kann die Verfolgung ‚in jeder Lage der Sache‘ übernehmen. Darunter muß verstanden werden, daß sie die Sache in der Lage übernimmt, in der sie sich gerade befindet [362]). Wenn die Staatsanwaltschaft einen neuen Eröffnungsbeschluß erwirken müßte, so könnte dieser nicht anders lauten, als der bereits vorliegende, da es sich tatsächlich und rechtlich um die gleiche Straftat handelt. Im Falle des § 389 hat sich hingegen gezeigt, daß ein ganz anderer Tatbestand vorliegt, als bei Eröffnung des Hauptverfahrens angenommen wurde [363]). Die Übernahmeerklärung schließt die Verpflichtung in sich, das Verfahren fortzuführen. Dies ist aber nicht gesichert, wenn das laufende Verfahren erst eingestellt werden und die Staatsanwaltschaft eine neue Anklage erheben muß, da die Staatsanwaltschaft in einem solchen Falle ihre Ermessensfreiheit zurückerhält und demnach von der Klageerhebung absehen kann. Dann bliebe auch der Anspruch des bisherigen Privatklägers, von nun an als Nebenkläger am Verfahren teilzunehmen, unerfüllt [364]). Aber nicht nur Sinn und Zweck der Übernahmeerklärung sprechen gegen die Zulässigkeit einer Einstellung, sondern auch die Folgen, die sich ergeben würden. Die Staatsanwaltschaft hätte auf diese Weise die Möglichkeit, jedes Verfahren und selbst die darin ergangenen Entscheidungen zu vernichten, ohne die Verpflichtung auf sich zu nehmen, nun ihrerseits das Verfahren zu betreiben. Solche Folgerungen können aber vom Gesetz nicht gewollt sein [365]). Daher wurde schon von der Kommission für die Reform des Strafprozesses eine Bestimmung angenommen, die anordnete, daß die Staatsanwaltschaft das „von ihr übernommene Verfahren in der Lage fortzuführen habe, in welcher es sich zur Zeit der Übernahme befindet“ [366]), und die Entwürfe zu einer neuen Strafprozeßordnung haben die gleiche Bestimmung vorgesehen [367]). Wenn aber die Staatsanwaltschaft zwar nach Erhebung der

361) Materialien Seite 276.
362) Stenglein § 27 Note 9 GVG.
363) OLGSamml. 3, Nr. 27.
364) Rosenberg § 377 Note 7 a, RGS 41/280 ff., 46/126 ff.
365) Graf zu Dohna Seite 232.
366) Protokolle Seite 298.
367) Entwurf 1908 § 394, Entwurf Reichstagsverhandlungen Band 270 § 394 Abs. 2; die Einstellung wird weiter noch abgelehnt von Beling Seite 452, Bennecke-Beling Seite 633, v. Kries Seite 729, Rintelen Seite 145, Kohlrausch § 377 Note 4, Dörr zu § 377 Abs. 3, Dalcke § 377 Note 1, Feisenberger § 377 Note 2, Mamroth § 417 Note 4, Keller § 429 Note 1, Puchelt § 417 Note 4, v. Schwarze Erörterungen Seite 40, Kahl in DJZ 1907 (12), 1227, Hamm in DJZ 1907 (12), 1231, Finger in DJZ 1908 (13), 666, Galli in DJZ 1913 (18), 785, Schwab in BayZ 1907 (3), 452, Oetker im GerS 1908 (71), 302 f., Binding im GerS 1909 (72), 39, Kujawa in GA 49, 19 f., Kohler in GA 60, 351, RGS 45/224, 57/349 f., OLGSamml. 3 Nr. 28, 32, OLG Darmstadt in DJZ 1913 (18), 415.

Privatklage, aber vor Eröffnung des Hauptverfahrens erklärt, die Verfolgung zu übernehmen, so wird damit das Privatklageverfahren und dessen Rechtshängigkeit beendet[368]).

4. § 391.

§ 391 gestattet die Zurücknahme der Privatklage. Sie kann durch ausdrückliche Erklärung des Privatklägers bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz oder bei zulässig eingelegter Berufung bis zur Verkündung des Urteils zweiter Instanz erfolgen, Abs. 1. Außerdem wird bei bestimmten Versäumnissen des Privatklägers die Zurücknahme der Klage angenommen, Abs. 2. Diese Bestimmungen haben zur Folge, daß das Verfahren nicht bis zu seinem ordnungsmäßigen Abschluß durchgeführt wird, es wird abgebrochen. Hier erhebt sich daher die Frage, ob diese vorzeitige Beendigung eine ausdrückliche Erklärung des Gerichts erfordert, oder ob das Verfahren ohne weiteres einschläft.

Die Grundlage eines jeden Verfahrens ist das Vorhandensein der Beteiligten, nämlich des Gerichts, des Klägers, des Angeklagten. Im Gesetz ist für das Offizialverfahren der Grundsatz aufgestellt, daß nach Erhebung der öffentlichen Klage keinem der Beteiligten die Möglichkeit gegeben ist, sich von dem Verfahren zurückzuziehen. Für das Privatklageverfahren ist eine Ausnahme geschaffen. Der Privatkläger kann freiwillig seine Teilnahme aufgeben, und dies geschieht dadurch, daß er seine Klage zurücknimmt. Die Folge davon ist, daß dem Verfahren seine Grundlage entzogen ist, und damit fällt es von selbst zusammen. Daraus ergibt sich, daß eine rechtsbegründende Einstellung nicht mehr erfolgen kann. Jedoch hat das Gericht die Tatsache des Abbruchs in einer erklärenden Einstellung festzustellen. Denn nur hierdurch wird dem Verfahren ein klar erkennbarer äußerer Abschluß gegeben, und nur auf diese Weise läßt sich der Eintritt der durch die Zurücknahme der Klage bedingten Folgen eindeutig feststellen.

Die Einstellung kann nur durch Beschluß erfolgen. Die Urteilsform, die von Rosenfeld und Fränkel für die Hauptverhandlung mit dem Hinweis auf § 260 gefordert wird, ist unanwendbar[369]). Denn § 260 kann nur dann herangezogen werden, wenn überhaupt noch eine Hauptverhandlung vorhanden ist. Das Verfahren und damit die Hauptverhandlung haben aber mit der Klagezurücknahme ihr Ende gefunden. Aber auch aus anderen Gründen kann § 260 nicht angewendet werden. Gemäß § 384 gelten die Vorschriften, die für das öffentliche Verfahren gegeben sind, ebenso für das Privatklageverfahren. Hierbei gilt aber die selbstverständliche Einschränkung, daß sie insoweit nicht herangezogen werden können, als das Privatklageverfahren vom öffentlichen Verfahren abweicht. Ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Verfahren besteht darin, daß

368) Oetker im GerS 1908 (71), 301 f., OLGSamml. 3, Nr. 30.
369) Rosenfeld § 109 V Note 13, Fränkel in BayZ 1910 (6), 35; ebenso OLG München in SeuffBl. 64, 523.

dem Privatkläger durch § 391 Abs. 1 gestattet ist, seine Klage zurückzuziehen, während dies der Staatsanwaltschaft durch § 156 ausdrücklich verboten ist. Deshalb kann für diesen im öffentlichen Verfahren gar nicht vorgesehenen Fall die Bestimmung des § 260 nicht gelten [370]). Aus den gleichen Erwägungen kann Neumann nicht zugestimmt werden, der die Frage, in welcher Form die Entscheidung zu ergehen habe, davon abhängig macht, ob mit der Klagezurücknahme zugleich der Strafantrag zurückgenommen ist oder nicht [371]). Zu weit geht aber die Meinung von Rosenberg, der auch den Erlaß eines Einstellungsbeschlusses ablehnt und seine Auffassung damit begründet, „daß ein Einstellungsbeschluß nur in denjenigen Fällen notwendig ist, in welchem das Gesetz denselben vorschreibt" [372]). Bei Zurücknahme der Privatklage außerhalb der Hauptverhandlung hält Dalcke einen Einstellungsbeschluß nicht für erforderlich [373]). Stenglein will zwar nicht zur Feststellung des Verfahrensabbruches, wohl aber für die Auferlegung der Kosten einen Beschluß ergehen lassen [374]). In anderen Fällen wird die ausdrückliche beschlußmäßige Feststellung zwar nicht vorgeschrieben, aber besonders im Hinblick auf die Folgen für zweckmäßig erachtet [375]). Doch ist ein Einstellungsbeschluß nicht nur der Folgen wegen zweckmäßig, er ist vielmehr als äußerer Abschluß des Verfahrens „nach der Struktur des Strafprozesses" notwendig [376]). Graf zu Dohna gibt außerdem zu bedenken, „daß möglicherweise schon ein Urteil in der Sache ergangen ist", so daß schon deshalb ein Beschluß ergehen müsse [377]). Aus diesen Erwägungen wurde im Entwurf Reichstagsverhandlungen Band 270 bestimmt, daß bei Klagezurücknahme das Verfahren durch Beschluß einzustellen sei [378]).

Häufig kommt es vor, daß der Privatkläger und der Privatbeklagten sich in einem Vergleich einigen. Diese Einigung kann vor Gericht und mit dessen Mitwirkung oder außergerichtlich erfolgen. Der Vergleich hat die Zurücknahme der Privatklage mit allen daran geknüpften Wirkungen zur Folge, und demgemäß muß ein Einstellungsbeschluß ergehen, der diese Tatsache feststellt. Hierbei ist es gleichgültig, ob der Vergleich selbst die Rücknahmeerklärung enthält, oder ob der Kläger sich zu einer entsprechenden Erklärung besonders verpflichtet hat. Wenn Rosenberg dem gerichtlichen Vergleich die Wirkung beilegt, daß „mit dem Abschluß desselben das Privatklagerecht untergeht" und „eine ausdrückliche Erklärung, daß

370) Frese in ZStRW 5, 691 f., OLG Königsberg in GA 40, 462 f.
371) Neumann in BayZ 1906 (2), 270.
372) Rosenberg § 391 Note 1 d.
373) Dalcke § 391 Note 17; ebenso OLGSamml 3, Nr. 74.
374) Stenglein § 431 Note 2.
375) Bennecke-Beling Seite 637, Dörr zu § 391 Abs. 1, Feisenberger § 391 Note 3.
376) Winkler in GA 56, 53 f.
377) Graf zu Dohna Seite 231; ebenso noch Gerland Seite 454, Birkmeyer Seite 790, Mamroth § 431 Note 5.
378) § 396 Abs. 3, Begründung Seite 218.

die Privatklage zurückgenommen werde, nicht notwendig" sei[379]), so kann das nur dahin aufgefaßt werden, daß in dem Vergleich selbst die Rücknahmeerklärung enthalten ist. Hierdurch wird aber an der Notwendigkeit eines Einstellungsbeschlusses nicht geändert[380]).

Die Zurücknahme der Privatklage muß dem Beschuldigten mitgeteilt werden, § 394. Sie hat zur Folge, daß der Privatkläger seine Klage nicht noch einmal erheben kann, § 392. Die Strafklage wird jedoch nicht verbraucht. Andere Klageberechtigungen, insbesondere die des Staates, bleiben unberührt[381]).

In den Fällen des § 391 Abs. 2, in denen die Zurücknahme der Klage angenommen wird, muß eine förmliche Einstellung erfolgen. Dies folgt nicht etwa daraus, daß im Falle der Fristsetzung Einstellung des Verfahrens angedroht werden kann, vgl. § 391 Abs. 2 am Ende[382]); vielmehr ist maßgebend, daß das Verfahren abgebrochen werden soll und die Form für diesen Abbruch nach allgemeinen Grundsätzen der Strafprozeßordnung die Einstellung des Verfahrens ist. Diese Einstellung ist im Gegensatz zu der Einstellung bei der ausdrücklichen Klagezurücknahme gemäß Abs. 1 rechtsbegründend. Denn die Annahme, daß die Klage zurückgenommen sei, bewirkt nicht den Abbruch des Verfahrens, er muß vielmehr durch eine ausdrücklich darauf gerichtete Entscheidung des Gerichts herbeigeführt werden. — Die Form, in der die Einstellung zu erfolgen hat, ist verschieden. In der Hauptverhandlung muß sie durch Urteil erfolgen, außerhalb derselben durch Beschluß[383]). Stenglein will stets einen Beschluß genügen lassen, „weil mit Zurücknahme der Klage das Verfahren die Grundlage verloren hat"[384]). Das ist unrichtig, weil das Verfahren erst durch die Entscheidung beendet wird. Bis dahin bleibt es anhängig, und deshalb hat in der Hauptverhandlung nach der Bestimmung des § 260 ein Urteil zu ergehen.

Die Einstellung hat die gleichen Folgen wie die Einstellung nach der ausdrücklichen Klagezurücknahme gemäß § 391 Abs. 1. Jedoch steht dem Privatkläger unter den Voraussetzungen der §§ 44, 45 die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu, § 391 Abs. 4.

5. § 393.

Der Tod des Privatklägers beendet das Verfahren ohne weite-

379) Rosenberg § 391 Note 1 e.

380) a. M. Dalcke § 391 Note 17, Meikel in JW 1913 (42), 633, Erlacher in BayZ 1908 (4), 97, KG in DJZ 1906 (11), 826.

381) Bennecke-Beling Seite 637, Birkmeyer Seite 790, Dörr zu § 392, Oetker Seite 85 Note 11, JW 1902 (31), 586.

382) so Rosenberg § 391 Note 7, Stenglein § 431 Note 2.

383) Feisenberger § 391 Note 8 und im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft 1927, Seite 201, Dörr zu § 391 Abs. 2, OLGSamml 3, Nr. 79.

384) Stenglein § 431 Note 8; ebenso Beling Seite 454, Bennecke-Beling Seite 639, Gerland Seite 454, Rosenberg § 391 Note 7, Mamroth § 431 Note 6, Keller § 431 Note 7, v. Schwarze Erörterungen Seite 71, GA 59, 369.

res, ebenso wie der Tod des Angeschuldigten oder die zulässige Zurücknahme der Klage dem Verfahren seine Grundlage entziehen. Die Bestimmung des § 393 Abs. 1 besagt daher nur, daß die Folge des Todes des Privatklägers die Einstellung, also das Aufhören des Verfahrens sei [385]). Jedoch muß diese Folge wie in den anderen Fällen der Beendigung des Verfahrens durch rechtserklärende Einstellung festgestellt werden. Insoweit ist daher Beling nicht zuzustimmen, der eine Einstellung zwar für zulässig, aber nicht für erforderlich hält. Die Einstellung muß in der Form eines Beschlusses erfolgen, auch wenn bereits in die Hauptverhandlung eingetreten ist. Denn da durch den Wegfall des Privatklägers das Hauptverfahren von selbst beendet ist, gibt es keine Hauptverhandlung mehr und ist die Urteilsform unanwendbar geworden [386]). — Durch die Bestimmung des Abs. 2, nach der in bestimmten Fällen von den Angehörigen das Verfahren fortgesetzt werden kann, wird kein Aufschub des Einstellungsbeschlusses bis zum Ablauf der Frist des Abs. 3 bedingt. Stenglein und Isenbarth-Sammter wollen allerdings den Beschluß erst nach Ablauf der zweimonatigen Aufnahmefrist zulassen, da „die Wiederaufnahme bei Fortsetzung der Klage ... eine nutzlose Formalität wäre“ [387]). Dieser Ansicht ist auch der Entwurf Reichstagsverhandlungen Band 270 gefolgt, in dem die Einstellung des Verfahrens nach Ablauf der Frist angeordnet wird [388]). Die Wahrung dieser Frist für den Einstellungsbeschluß ist aber deshalb nicht nötig, weil nach Eingang der Fortsetzungserklärung ohne ausdrückliche Aufhebung des Einstellungsbeschlusses das Verfahren aufgenommen werden kann [389]). Jedoch ist es nicht unzulässig und in den Fällen des Abs. 2 häufig zweckmäßig, wenn der Beschluß über die Einstellung des Verfahrens bis nach Ablauf der Frist zurückgestellt wird [390]). Das Gericht ist aber nicht gehalten, die Berechtigten zu einer Erklärung über die Verfahrensfortsetzung aufzufordern [391]).

* *

Die weiteren im Gesetz genannten Einstellungen haben keine irgendwie bedeutsamen Streitfragen hervorgerufen. Ihre Anwendungsfälle sowie ihre Wirkungen können ohne weiteres aus dem Gesetz entnommen werden.

Besondere Kostenfolgen nach Einstellungen: §§ 470, 471 Absatz 3.

In den Vorschriften der §§ 470 und 471 Absatz 3 sind für einige Fälle der Verfahrenseinstellung bestimmte Kostenfolgen angeordnet.

385) Beling Seite 153, Bennecke-Beling Seite 639.
386) Rosenberg § 393 Note 1 b, Dörr zu § 393 Abs. 1.
387) Stenglein § 433 Note 3, Isenbarth-Sammter § 433 Note 54; ebenso BayObLGSt 3, 359.
388) § 399 Abs. 1.
389) Feisenberger § 393 Note 1.
390) Rosenberg 1933 § 393 Note 5.
391) Rosenberg § 393 Note 5, Isenbarth-Sammter § 433 Note 54.

Gemäß § 470 sind dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, wenn Einstellung wegen Zurücknahme des Strafantrags erfolgt. Durch diese Bestimmung soll verhindert werden, daß der Staat die infolge der Zurücknahme nutzlos aufgewendeten Kosten selbst zu tragen hat. Vielmehr sollen sie demjenigen überbürdet werden, der sie veranlaßt hat. Auch die staatsanwaltlichen Vorermittlungen können bereits Kosten haben. Daher betrifft § 470 nicht nur die Fälle, in denen in der Hauptverhandlung ein Einstellungsurteil ergangen ist, sondern es werden von ihm auch die Einstellungen durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 170 erfaßt [392]). Unter den Kosten sind auch die dem Beschuldigten entstandenen Auslagen zu verstehen. Dies wird allerdings von Puchelt bestritten, „weil § 470 als Ausnahmegesetz streng zu interpretieren ist“ [393]). § 470 spricht aber nur allgemein von den ‚Kosten‘, ohne auszudrücken, daß ausschließlich die dem Staat entstandenen Kosten gemeint sein sollen. Da nach dem im Gesetz aufgestellten Grundsatz der zur Kostentragung im übrigen Verpflichtete auch die dem Beschuldigten erwachsenen Auslagen zu ersetzen hat (vgl. §§ 467, 469, 471), muß diese Regelung auch in diesem Falle gelten [394]). Außerdem ist der Beschuldigte zu seinen Aufwendungen nur durch den Antrag veranlaßt worden. Daher hat der Antragsteller auch diese Kosten zu tragen [395]).

Häufig wird der Strafantrag zurückgenommen, weil der Antragsteller sich mit dem Beschuldigten vergleichsweise geeinigt hat. Die Bedingung der Zurücknahme ist oft die Übernahme der Kosten durch den Beschuldigten. Dieser Fall ist aber im Gesetz nicht geregelt. Daraus schließt Rosenberg, daß die Bestimmung des § 470 unbedingt sei und das Gericht von der Anwendung nicht absehen dürfe [396]). Gegen diese Auffassung muß eingewendet werden, daß die Möglichkeit einer Zurücknahme des Strafantrags auch deshalb geschaffen worden ist, damit die sich streitenden Parteien außergerichtlich zu einer Einigung kommen können. Wenn das Gericht seine Kostenentscheidung aber nicht dem Vergleich entsprechend fällen kann, so werden die Vergleichsverhandlungen oft daran scheitern. Daher ist Friedenreich der Ansicht, daß die Vergleichsvereinbarung für das Gericht bindend ist. Er begründet dies mit den §§ 79, 82 GKG, die bestimmen, daß durch die freiwillige Kostenübernahme eine wirksame Verpflichtung entsteht. Da mit der Übernahmeerklärung ein Kostenschuldner vorhanden ist, hält er es für

392) Rosenberg § 470 Note 2, Kohlrausch § 470 Note 1, Feisenberger § 470 Note 3, Stenglein § 502 Note 2, Friedenreich Seite 34.

393) Puchelt § 502 Note 4; ebenso Dalcke § 470 Note 13, OLGSamml 3, Nr. 314.

394) Friedenreich Seite 61 f.

395) Rosenberg § 470 Note 3, Keller § 502 Note 3, v. Schwarze § 502 Note 3, Meves im HH Band 2 Seite 516.

396) Rosenberg § 470 Note 4; ebenso RGS 23/198, RG im Recht 1916 (20), Nr. 369, OLGSamml. 3, Nr. 312, Motive zu Entwurf Reichstagsverhandlungen Band 270 Seite 255.

ausgeschlossen, daß durch eine gerichtliche Entscheidung dem Antragsteller die Kosten auferlegt werden können [397]). Diese Ansicht steht jedoch im Widerspruch zur Bestimmung des § 470. Dem Staate gegenüber ist der Antragsteller zur Kostentragung verpflichtet. Der Staat kann hierauf nicht verzichten. Denn es besteht die Möglichkeit, daß der Beschuldigte arm ist, während der Antragsteller zur Zahlung imstande wäre. Wenn in einem solchen Falle die Vereinbarung gültig wäre, würde der Staat seinen berechtigten Anspruch nicht durchsetzen können. Der Ausweg ist in einer Entscheidung des Reichsgerichts angedeutet, in der die Möglichkeit genannt wird, daß neben der Kostenpflicht des Antragsstellers „durch jenen Vergleich ein selbständiger den Angeklagten der Staatskasse gegenüber verpflichtender Schuldgrund geschaffen worden ist" [398]). Dies ist zutreffend. Die Möglichkeit mehrerer Kostenschuldner ist im Gesetz vorgesehen, § 82 Absatz 1 GKG. Es ist auch die Wirksamkeit einer Übernahme der Kostentragungspflicht anerkannt, § 79 Ziffer 2 GKG. Daneben bleibt aber die Verpflichtung des Antragstellers bestehen. Ein solcher Fall wird im Gesetz bei der Übernahme von Vorschußzahlungen ausdrücklich vorgesehen, § 86 GKG. Dies ergibt sich auch aus § 82 Absatz 2 GKG, der bestimmt, daß bei einer Übernahme der Kosten die Haftung der anderen Partei nur bei fruchtloser Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Übernehmers geltend gemacht werden soll. Durch diese Bestimmung wird den Absichten des Vergleichs entsprochen, da der Übernehmer vor dem Antragsteller haftet; zugleich bleiben die Rechte des Staates gewahrt. Bei einer Übernahme der Kosten durch den Beschuldigten lautet also die Entscheidung dahin, daß der Antragsteller nach dem Beschuldigten zur Kostentragung verpflichtet ist.

Nach § 471 Absatz 3 sind dem Privatkläger für den Fall der Einstellung die Kosten des Verfahrens sowie die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen zur Last zu legen. Von dieser Bestimmung werden alle im Gesetz aufgeführten Fälle der Einstellung im Privatklageverfahren erfaßt. Es handelt sich also um die Einstellungen gemäß §§ 389, 391, 393 [399]). Allerdings kann dies Ergebnis unter Umständen unbillig erscheinen, so zum Beispiel, wenn nach der Verurteilung des Angeklagten, aber vor Rechtskraft des Urteils der Privatkläger stirbt und deshalb das Verfahren eingestellt wird. Da aber das Gesetz für solche Fälle keine besonderen Anordnungen erlassen hat, müssen auch dann dem Privatkläger die Kosten auferlegt werden [400]).

Beim Tode des Angeklagten hat dagegen der Privatkläger nicht

397) Friedenreich Seite 111 f.
398) RG in GA 70, 141.
399) Graf zu Dohna Seite 268, Beling Seite 512, Feisenberger § 471 Note 4, Friedenreich Seite 30.
400) RGS 16/424 f., BayObLGSt 1, 11, OLGMünchenSt in SeuffBl 64, 523, OLG Celle in GA 70, 24.

die Kosten des Verfahrens zu tragen. Einstellung ist zwar erforderlich, aber § 471 Absatz 3 ist nicht anwendbar. Denn diese Einstellung entspricht nicht den im Gesetz genannten Fällen, auf die allein § 471 Absatz 3 sich bezieht. Die im Gesetz genannten Fälle betreffen stets Ereignisse, die in der Person des Privatklägers begründet sind. Außerdem wirkt die beim Tode des Angeklagten erfolgende Einstellung nur feststellend, da das Verfahren mit dem Tode beendet ist. Daher hat in diesem Falle jede Partei ihre Kosten selbst zu tragen [401]). — Auch bei Niederschlagung des Verfahrens können die Kosten nicht dem Privatkläger auferlegt werden. Zwar wird behauptet, daß der Privatkläger „als ‚Extrahent' des Verfahrens die Gefahr nicht nur der hier infolge der Amnestie erledigten Gerichtskosten, sondern auch seiner und des Angeklagten notwendigen Auslagen trägt, und daß demgegenüber weder die Frage eines Verschuldens des Privatklägers in Betracht kommt noch die oft erwogenen Billigkeitsgründe entscheiden können. Die Verhinderung der endgültigen Rechtsfindung durch Abolition bringt oft dem unschuldig verfolgten Angeklagten erheblichen Schaden. Sie kann ihn auch dem wirklich Verletzten bringen. Aber wer geschädigt ist, kann und soll im Strafverfahren bei Abolition nicht zur Aufklärung kommen" [402]). In diesem Sinne kann die Privatklage durch den Privatkläger nicht aufgefaßt werden. Daß er bei den im Gesetz vorgesehenen Einstellungen die Kosten tragen soll, ist verständlich; denn die Ursache zur Einstellung liegt in diesen Fällen immer in ihm selbst. Das kann aber nicht auf solche Fälle ausgedehnt werden, in denen der Staat eingreift und die Fortführung des Verfahrens verbietet. In diesen Fällen soll nicht entschieden werden, wer der Geschädigte ist; daher muß jeder für seine Kosten selbst aufkommen [403]). Ein gerechter Ausgleich kann aber in den Niederschlagungsgesetzen selbst angeordnet werden. Das ist auch in den letzten Straffreiheitsgesetzen geschehen. Es ist dort im § 10 des Gesetzes vom 7. August 1934 und im § 6 der DVO zum Gesetz vom 23. April 1936 bestimmt, daß das Gericht die den Parteien erwachsenen notwendigen Auslagen angemessen verteilen oder einer von ihnen ganz auferlegen kann. Damit ist dem Gericht eine Handhabe gegeben, der Billigkeit entsprechend über die Kosten zu entscheiden. — Wenn das Verfahren nur vorläufig eingestellt wird, so ist eine Entscheidung über die Kosten nicht erforderlich [404]).

401) Dörr zu § 471 Absatz 3, Feisenberger § 471 Note 4, JW 1924 (53), 1789 f., ZStRW 45, 408, 518 f., OLG Darmstadt in DStRZ 2, 174; a. M. Riß in SeuffBl. 72, 697, OLG Dresden in GA 46, 365.

402) GA 68, 310; ebenso Rosenberg Ergänzung Seite 117, KG in HRR 1935 Nr. 561, BayObLGSt. in DJZ 1916 (21), 446, BayObLGSt. in DStRZ 3, 421, OLG Frankfurt in JRdsch. 1925 (1), Nr. 1609, OLG Marienwerder in LZ 1919 (13), 284.

403) Dörr zu § 471 Absatz 3, Pfeiffer in JW 1918 (47), 811, Hagemann in LZ 1919 (13), 769, OLGSamml. 3, Nr. 331, SächsArch. 14, 167 f., OLG Dresden in DStRZ 6, 267 f., OLG Celle in HRR 2, 322, OLG Hamburg in LZ 1919 (13) 442.

404) Rosenberg § 471 Note 6 a. OLGSamml. 3 Nr. 270.

Wenn die Parteien einen Vergleich schließen und der Beschuldigte die Kosten übernimmt, so ist diese Erklärung in Beziehung auf die den Parteien selbst entstandenen Auslagen ohne weiteres wirksam; denn es ist ausgeschlossen, daß jemand einen Titel erhält, der ausdrücklich nicht nur auf seinen Anspruch verzichtet hat, sondern sogar erklärt hat, der anderen Partei ihre Kosten zu ersetzen. Daher ist das Gericht an den Vergleich hinsichtlich der Parteikosten gebunden [405]). In Beziehung auf die gerichtlichen Kosten gelten die gleichen Erwägungen wie bei der im Vergleich vereinbarten Zurücknahme des Strafantrags (vgl. oben Seite 77 ff.). Denn bei Abschluß eines Vergleichs muß wie in jedem Falle der Zurücknahme der Privatklage gemäß § 391 Absatz 1 das Verfahren eingestellt werden (vgl. oben Seite 74 f.). Daher hat bei Übernahme der Kosten durch den Beschuldigten die Kostenentscheidung dahin zu lauten, daß der Privatkläger nach dem Beschuldigten zur Kostentragung verpflichtet ist [406]).

SCHLUSSBEMERKUNG.

Ein Verfahren soll zweckdienlich, einfach und klar sein. Dies gilt vor allen Dingen für das Strafverfahren, durch das die Sühne für eine Verletzung der Gemeinschaft herbeigeführt werden soll, das aber zugleich die Ehre und die Freiheit des Einzelnen, dessen Schuld noch nicht nachgewiesen ist, in stärkster Weise belastet. Zum Schutze der Gemeinschaft muß das Strafverfahren die zweckdienlichen Möglichkeiten zur Erforschung der Wahrheit bieten; zum Schutze des Einzelnen soll dieses Ziel auf dem einfachsten und schnellsten Wege erreicht werden. Das geschieht dadurch, daß das Verfahren klar gestaltet wird, möglichst wenige Besonderheiten enthält und deshalb leicht zu handhaben ist.

Die Durchsetzung dieses Zieles wird durch die Möglichkeit gefördert, alle Verfahren sofort abzubrechen, in denen sich die Unerreichbarkeit des Verfahrenszwecks herausstellt. Der Zweck eines jeden Verfahrens ist die Bestrafung des Rechtsbrechers. Nur darum wird es eingeleitet. Um der Ehrbarerklärung eines schuldlos Verdächtigten willen darf dagegen ein Verfahren nicht begonnen werden. Erst mit der Eröffnung des Verfahrens wird von Seiten der Gemeinschaft die Ehre in Frage gestellt, und erst von nun an besteht bei

405) Gerland Seite 483, OLG Dresden in DStRZ 2, 367, SächsOLG 6, 107 f.

406) Für Bindung an den Vergleich sprechen sich aus Bennecke-Beling Seite 462 Note 20, Rosenberg § 471 Note 6 b, Knör in DRichtZ 1927, 371 f., Erlacher in BayZ 1908 (4), 97, Frese in ZStRW 5, 691 f., Metzges in DJZ 1897 (2), 122, Stäcker in JW 1918 (47), 812, Danziger im Recht 1909 (13), 478, GA 40, 462 f., OLG Jena in DJZ 1905 (10), 512, OLGSamml. 3, Nr. 60 a, c; dagegen sind Riß in SeuffBl. 72, 698, Winkler in GA 56, 53 ff., Meikel in JW 1913 (42), 633, Gorden in GA 45, 21, OLG Breslau in GA 58, 236 f.

Schuldlosigkeit ein Anspruch auf Wiederherstellung der Ehre. Dies ist aber nur möglich, wenn eine allgemeine sachliche Prüfung der Beschuldigung erfolgen kann. Stehen ihr Hindernisse entgegen, so kann die Ehrenerklärung ebensowenig erfolgen wie die Bestrafung. Wenn sich die Unmöglichkeit einer Bestrafung herausstellt, ist also ein Abbruch stets zweckmäßig, solange noch kein Hauptverfahren begonnen ist. Nach seiner Einleitung dagegen nur dann, wenn keine sachliche Entscheidung gefällt werden kann. Für den Abbruch genügt eine Grundform; eine Vielfältigkeit der Formen, die den einzelnen Umständen angepaßt ist, vereitelt die Klarheit und damit die Übersichtlichkeit des Verfahrens.

Die vorliegende Arbeit hat diesem Ziele dienen wollen. Sie wollte den Nachweis erbringen, daß nach geltendem Recht die Verfahrensvereinfachung durch Abbruch möglich ist. Hierbei hat sie ferner die Formen und die Wirkung eines solchen Abbruches untersucht. Das Ergebnis soll kurz zusammengefaßt werden.

Die für den Abbruch vorgesehene Form ist die Einstellung. Bis zum Erlaß des Eröffnungsbeschlusses muß das Verfahren stets eingestellt werden, wenn aus sachlichen oder förmlichen Gründen keine Verurteilungsaussicht besteht und deshalb die Einleitung eines Hauptverfahrens zwecklos ist. Solange das Verfahren ausschließlich in den Händen der Staatsanwaltschaft liegt, ist diese zur Einstellung zuständig. Sie erfolgt in diesem Falle durch einfachen Aktenvermerk, der keine Rechtskraft besitzt. Mit der Klageerhebung geht das Recht zur Entscheidung über die Fortsetzung des Verfahrens auf das Gericht über; die Staatsanwaltschaft kann über das Verfahren nicht mehr verfügen. Das über die Eröffnung des Hauptverfahrens befindende Gericht erläßt einen Einstellungsbeschluß, der die Wirkung hat, daß bei unveränderter Sachlage kein neues Verfahren eingeleitet werden darf. Mit dem Eröffnungsbeschluß scheidet die Möglichkeit zur Einstellung aus sachlichen Gründen aus. In diesen Fällen hat immer eine Hauptverhandlung stattzufinden, in der der Angeklagte freigesprochen werden muß. Wenn sich aber ein Sachurteilshindernis herausstellt, so muß das Verfahren eingestellt werden, wenn es für die Instanz beendet werden soll. Zu diesen Hindernissen gehören alle Umstände, die eine sachliche Prüfung der Straftat verbieten. Für die Hauptverhandlung ist die Urteilsform vorgeschrieben, die nur dann unanwendbar ist, wenn wie im Falle des Todes des Angeklagten kein Verfahren mehr vorhanden ist. Stellt sich die Notwendigkeit einer Einstellung heraus, so braucht die Hauptverhandlung nicht weiter durchgeführt zu werden. Außerhalb der Hauptverhandlung erfolgt die Einstellung durch Beschluß. Das Einstellungsurteil äußert eine Wirkung, die der Bedeutung des vom Eröffnungsgericht erlassenen Einstellungsbeschlusses ähnlich ist: seine Rechtskraft erfaßt die Sachlage, über die entschieden worden ist. Der Einstellungsbeschluß dagegen hat rechtlich überhaupt keine Wirkung, während er in tatsächlicher Hinsicht meist dem Einstellungsurteil gleichstehen wird.

LEBENSLAUF.

Am 19. November 1912 wurde ich, Horst Versen, als Sohn des Apothekenbesitzers Karl Versen und seiner Ehefrau Maria, geb. Graen, in Duisburg geboren. Ich bin arischer Abstammung und katholischen Bekenntnisses.

Nach dreijährigem Besuch der Vorschule des Duisburger humanistischen Gymnasiums wurde ich in die Sexta dieser Anstalt aufgenommen. Seit Untertertia besuchte ich das Duisburger Steinbart-Realgymnasium, wo ich am 5. März 1931 nach neunjährigem Besuch der höheren Schule die Reifeprüfung bestand.

Mein Studium begann ich im Sommer-Semester 1931 in Freiburg im Breisgau. Im ersten Semester studierte ich wegen besonderer Neigungen zu Fremdsprachen Englisch. Mein rechtswissenschaftliches Studium begann ich, wie ich von vornherein beabsichtigt hatte, im zweiten Semester. Seit meinem fünften Studiensemester studierte ich in Bonn, wo ich bis zu meinem Referendarexamen blieb. Am 22. Juni 1935 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Düsseldorf mit ‚gut'. Meinen Vorbereitungsdienst als Referendar begann ich am Amtsgericht in Dinslaken. Während meiner landgerichtlichen Ausbildung, die in Duisburg erfolgte, habe ich mich für die Anfertigung meiner Doktorarbeit zeitweise beurlauben lassen.

Zur Beurteilung meiner Arbeit hatte sich liebenswürdigerweise Herr Professor Dr. Graf zu D o h n a bereit erklärt. Am 10. Februar 1937 bestand ich in Bonn meine Doktorprüfung mit ‚gut'.